

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°51 - JUNIO 2012

REVISTA JURÍDICA
DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°51 - Junio 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. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

- Modernización del Estado, convenciones internacionales y Ministerio Público.
Tres ejes del proceso permanente del combate a la corrupción en Chile 9
Marta Herrera Seguel y Roberto Morales Peña

II. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículos

- La configuración del delito de asociación ilícita para cometer el delito de tráfico ilícito de drogas a propósito del llamado Caso del Señor del Tamarugal 31
Juan Castro Bekios
- Nuevo régimen de sustitución de penas 51
Tomás Ramírez Hermosilla

III. UNIDAD ESPECIALIZADA EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Artículos

- Acceso consular a personas que se encuentran detenidas o privadas de libertad, al amparo de la Convención de Viena sobre relaciones consulares 73
Karinna Fernández, Adriana Quintero y Rafael Hurtado

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

- La racionalidad de las decisiones judiciales. Límites legales a la libertad en materia de valoración de la prueba. Estudio de dos casos 93
Karen Guzmán Valenzuela
- La entrevista investigativa con preescolares 121
Sofía Huerta Castro

Sentencias Comentadas

Comentario a sentencia de la Corte Suprema que rechaza recurso de nulidad en causa por violación en que la defensa presentó metaperitos 133

Jorge Ignacio Gárate Bais

Corte de Apelaciones de Talca acoge recurso de nulidad del Ministerio Público, en caso de absolución por violación conyugal 145

María Angélica San Martín Ponce

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

Artículos

La nueva institucionalidad ambiental 157

Alejandro Litman Silberman

Sentencias Comentadas

Sentencia condenatoria por el delito de lavado de dinero en caso “La playa”: alcances de la descripción típica, principio de ejecución y consumación del delito 172

Angélica Torres Figueroa

VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

Aproximación a la inimputabilidad penal por trastorno mental desde la perspectiva de la psicología jurídica 217

Francisco Maffioletti Celedón

Sentencias Comentadas

Comentario a la sentencia de la Corte Suprema que rechaza recurso de nulidad de la defensa, permitiendo la incorporación de prueba nueva 250

Rodrigo Fernández Moraga

PRÓLOGO

En este número 51 de la Revista Jurídica del Ministerio Público ponemos a disposición de nuestros lectores diversos artículos que abarcan una amplia gama de temas de gran interés en relación al estado actual de la discusión, respecto de algunas materias y delitos que captan la atención tanto del mundo jurídico como de la opinión pública.

Y como nuestra institución no sólo se enfrenta al delito desde una perspectiva jurídica, sino que lo hace desde una mirada multidisciplinaria, contamos en este número con aportes de profesionales de otras áreas del conocimiento. Destacamos al respecto el artículo que se refiere a la entrevista investigativa con niños en edad preescolar, así como también un trabajo acerca de la inimputabilidad por trastorno mental, desde la perspectiva de la psicología jurídica.

El tratamiento jurídico de las asociaciones ilícitas vuelve a ser tema de análisis por parte de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas, así como a través de un comentario de la sentencia dictada en un caso específico, la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado nos acerca a la forma en que se ha dado aplicación a las normas en relación al lavado de activos.

En otro ámbito, y en el contexto de la respectiva Convención de Viena, la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones nos adentra en el tema del acceso consular a las personas privadas de libertad.

Nuestro interés por difundir estas materias se ve reflejado, además, en la inclusión de artículos sobre el combate a la corrupción, la nueva institucionalidad ambiental, el nuevo régimen de penas sustitutivas y en comentarios de sentencias de interés dictadas en el período que comprende este número.

SABAS CHAHUÁN SARRÁS
Fiscal Nacional

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, CONVENCIONES INTERNACIONALES Y MINISTERIO PÚBLICO. TRES EJES DEL PROCESO PERMANENTE DEL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN CHILE

Marta Herrera Seguel¹
Roberto Morales Peña^{2,3}

El presente artículo tiene por objeto dar cuenta del permanente esfuerzo que ha venido realizando Chile en las últimas décadas, con el objeto de adecuar sus procesos de prevención y persecución del fenómeno de la corrupción, a las altas exigencias que el mundo globalizado demanda. Para una mejor sistematización dividiremos el presente trabajo en tres capítulos: el primero, referido a la modernización del Estado chileno; el segundo, a las convenciones internacionales en materia de corrupción y su aporte a la actualización de la normativa legal; y, tercero, al Ministerio Público como ente persecutor penal y su adecuación estructural a la investigación de delitos de corrupción.

I. Modernización del Estado

Desde hace muchos años, a lo menos una generación atrás, ha prevalecido entre los chilenos la idea de que, en general, la administración pública y los funcionarios públicos que trabajan en ella son gente bastante proba, y que los hechos de corrupción siempre han estado circunscritos a grupos aislados de empleados, no constituyendo, de manera alguna, la norma general. Esta percepción se basaba, en parte, en la habitual corrección de sus altas autoridades y en su estilo de vida austero, unido a un bajo número de condenas por delitos funcionarios obtenidas durante la vigencia del sistema procesal penal inquisitivo. Era un país más pequeño y los estándares de tolerancia a la autoridad eran mayores, los desafíos distintos. Sin embargo, en los últimos treinta años, Chile experimentará profundos cambios económicos y sociales que transformarán a aquella lejana Capitanía General, de modesto desarrollo y esforzada dignidad, en un país de mediano desarrollo económico y modernas políticas públicas, sin desconocer, en absoluto, los problemas de justicia social aún pendientes. Durante el régimen militar imperante en nuestro país entre los años 1973-1989, se realizaron profundos cambios que tuvieron por objeto crear una nueva normativa, que permitiera la liberalización del funcionamiento del mercado. El país adopta, en consecuencia, un modelo de desarrollo económico

- 1 Abogada, Directora de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Abogado de la Unidad Especializada Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 3 El presente trabajo fue presentado por la Directora de la Unidad, Sra. Marta Herrera Seguel, en el 1^{er} Encuentro de Órganos de Control de la Corrupción en el Mercosur, Montevideo 27.04.2012.

neoliberal que reduce al Estado sólo a aquellas áreas esenciales propias de una concepción clásica liberal del mismo, reduciendo su actividad económica a un ámbito eminentemente subsidiario, e impulsando fuertemente la actividad privada a todos los ámbitos empresariales⁴, acompañado de una severa restricción de los derechos democráticos. Durante este periodo se vendió un número muy importante de empresas del Estado a privados, y no existió un control adecuado de la transparencia y probidad de dichas enajenaciones, eran otros tiempos.

Restablecida y recuperada la democracia en 1990, el gobierno de Patricio Aylwin (1990-1994), entendió que la modernización del Estado, los derechos humanos y el control de la corrupción tenían, en nuestros países latinoamericanos, mucho que ver con su gobernabilidad democrática. Por ello, se realizaron importantes esfuerzos en la creación de instituciones públicas que restablecieran apoyos en la protección social y cuidado del medio ambiente, creándose SEGPRES⁵, SENAME⁶, FOSIS⁷, CONAMA⁸, por una parte, y modernizándose el Servicio de Impuestos Internos, FONASA⁹, Tesorería General de la República y el Registro Civil, entre otros. La realidad demostró que la formulación de políticas públicas, la creación de organismos y la asignación de recursos no eran, por sí solos, garantía de una adecuada gestión ni implementación de los programas, pues también aparecieron algunos casos de corrupción¹⁰ que inquietaron profundamente a la ciudadanía.

Durante el Gobierno de Eduardo Frei Ruiz Tagle (1994-2000), por primera vez, se trabajó en una agenda modernizadora transversal, que apuntaba a la calidad del servicio, transparencia, probidad, gerencia pública y uso de tecnologías de la información. Así nació Chilecompra¹¹, CAIGG¹² y el proyecto

4 Artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República, a saber: La Constitución asegura a todas las personas “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

5 SEGPRES Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

6 SENAME Servicio Nacional de Menores.

7 FOSIS Fondo de Solidaridad e Inversión Social.

8 CONAMA Corporación Nacional del Medio Ambiente.

9 Fondo Nacional de Salud.

10 Desmalezado de la Refinería Petrolera de Con-Con en que se vio involucrado un Senador de gobierno por la cual se habrían pagado cifras abultadas muy por sobre los precios de mercado.

11 ChileCompra es un servicio público descentralizado vinculado al Ministerio de Hacienda y que administra el Sistema de Compras Públicas de Chile, que funciona con un marco regulatorio único, basado en la transparencia, la eficiencia, la universalidad, la accesibilidad y la no discriminación.

12 CAIGG Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.

de gobierno electrónico. Con el objeto de mejorar la infraestructura del país se utilizó el sistema de concesiones, abriendo al sector privado la posibilidad de construir puertos, carreteras, autopistas, etc., lo que implicó licitaciones internacionales por altos montos y largos años, frente a un aparato estatal reducido para dar respuesta a los nuevos ritmos y fiscalizaciones; surgieron, entonces, los primeros graves casos de corrupción¹³ de mayor escala. Frente a ello se fortalecen las atribuciones de las Superintendencias y, por otra parte, respondiendo a otro tipo de necesidades pero con un fuerte consenso político de los distintos sectores, se da inicio a la Reforma Procesal Penal, que permitiría pasar de un anquilosado sistema inquisitivo, con un juez que investiga y sentencia, a un sistema de litigación oral, con fiscales que investigan y jueces que sólo juzgan. Se crea el Ministerio Público como organismo autónomo, y se elige al Fiscal Nacional, como su máxima autoridad, elegido por el primer mandatario de entre una quina propuesta por la Corte Suprema, máximo tribunal de la República, y ratificado por al menos dos tercios de la cámara alta, quien duraría ocho años en su cargo, el que sería de carácter inamovible y no reelegible.

Ricardo Lagos (2000-2006) realiza un gobierno que continúa con la senda de las licitaciones públicas y las concesiones a privados como sistema para construir numerosas obras civiles. El país continúa también con un programa de mejoramiento de la Educación, que permitirá ampliar sustancialmente la cobertura de la escolaridad con nuevas escuelas y liceos. La administración pública había crecido y se crea el Servicio de la Alta Dirección Pública¹⁴, que permite la elección de los profesionales que serán los altos directivos de los servicios públicos, basada en criterios competitivos, objetivos y técnicos, buscando evitar que se acceda a estos cargos por preferencias políticas, careciendo de atributos profesionales para ello. De esta forma, se genera un sistema de funcionarios públicos profesionales, en que la Administración del Estado no se desmantela con cada cambio de gobierno, lo que resulta propio de los países desarrollados. Así, entonces, se profesionaliza y moderniza la administración pública. Además, se realizó una reforma a la Constitución que profundizó el sistema democrático, estableciendo la elección directa para todos los integrantes del Senado y eliminando resabios institucionales del régimen militar. Por otra parte, empezaban a aparecer nuevas denuncias por corrupción.

Luego, asumirá la presidencia Michelle Bachelet (2007-2010), quien instaló una agenda de probidad, transparencia y modernización. En ella se amplió el alcance del número de empresas incluidas en el Servicio de Alta Dirección Pública y, por otra parte, se trabajó en la creación de un órgano autónomo que garantizara el acceso a la información a la ciudadanía, lo que derivó en

13 Caso MOP-Gates que implicó la condena al Ministro de Obras Públicas.

14 SADP Servicio de Alta Dirección Pública es un organismo autónomo compuesto por cinco consejeros, que está encargado de seleccionar altos directivos del sector público de las empresas de administración civil del Estado.

la dictación de la Ley N°20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y su correlato, el Consejo para la Transparencia¹⁵, que ha tenido un gran trabajo por los requerimientos de las organizaciones civiles y de los ciudadanos en general.

En el actual gobierno de Sebastián Piñera (2010-2014) se ha continuado con los esfuerzos anteriores, entendiéndose que menos corrupción implica, necesariamente, mayor transparencia, mayor participación y mayor modernización del Estado. Se han focalizado los avances para combatir la corrupción dentro de la administración, en a) medidas preventivas: realizadas por ChileCompra, Consejo para la Transparencia y Servicio Civil; medidas de control interno o accountability: llevadas a cabo por el Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno y la Comisión de Probidad y Transparencia; b) medidas de control externo: realizadas por la Contraloría General de la República¹⁶ y las c) medidas de carácter represivo de actos de corrupción que corresponden al Ministerio Público, quien dirige la investigación de los delitos y sostiene la acción penal, además de dar protección a las víctimas y testigos. En el ámbito legislativo, se encuentra en el congreso un proyecto de ley de regulación del *lobby*, un área muy sensible a la corrupción.

Por otra parte, en tiempos recientes, la agenda de cualquiera de los gobiernos anteriores, en los principales temas, se debatía entre políticos y tecnócratas, hoy es impensable no tomar en cuenta a un nuevo actor constituido por la sociedad civil organizada, que ha alcanzado altas cuotas de participación e influencia en la agenda pública chilena, producto de sus demandas y movilizaciones. Este indicador es novedoso y nos sitúa más cerca de países como Uruguay y Argentina, que siempre han tenido una ciudadanía muy activa, y también de países más desarrollados como Estados Unidos, Canadá y los europeos.

Con respecto a la percepción de la corrupción en el país, ésta se ha mantenido durante muchos años como la más baja de América Latina, alcanzando, por consiguiente, muy buenos resultados en las mediciones internacionales. Sin embargo, los estándares se tornan cada vez más altos y la sociedad civil ha ido, año a año, aumentando su nivel de exigencia respecto de las conductas de

15 El Consejo para la Transparencia es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, creado por la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado. Su principal labor es velar por el buen cumplimiento de dicha ley, la que fue promulgada el 20 de agosto de 2008 y entra en vigencia el 20 de abril de 2009.

16 Contraloría General de la República es un organismo autónomo que realiza el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscaliza el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de los municipios y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes.

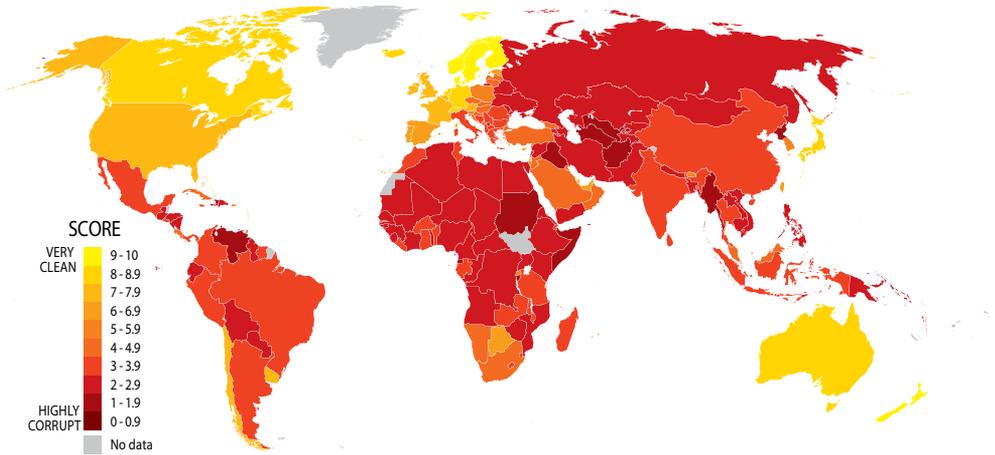
las autoridades de la administración pública, y también respecto del comportamiento de los altos ejecutivos del sector privado, en cuyos *holdings* o conglomerados se han producido las más grandes estafas y abusos en los últimos años. El informe de Transparencia Internacional del año 2011 sitúa a Chile en el lugar 22 entre 183 países evaluados; el Informe anual sobre competitividad global 2011/2012 que entrega el Foro Económico Mundial (FEM) ubica a Chile a la cabeza de los países de la región con el lugar 31; y, finalmente, el estudio de la organización The World Justice, que elabora un índice del respeto al Estado de Derecho, coloca a Chile como el mejor evaluado de Latinoamérica ocupando el lugar 20 de 66 países analizados. Estos indicadores, así como otros, entregados por Naciones Unidas y el Banco Mundial, no deben dar la sensación de que el país se encuentra libre de este flagelo, porque es bien sabido que se deben redoblar los esfuerzos para mantenerse en niveles satisfactorios y hay mucho trabajo pendiente en mejorar las auditorías y evaluaciones de las empresas públicas, los métodos de investigación y los recursos técnicos con que cuentan los fiscales del Ministerio Público y los fiscalizadores de la Contraloría General de la República.

Como hemos expuesto anteriormente, la modernización del Estado de Chile ha implicado una continua adecuación de sus instituciones y de su legislación a la detección y persecución del crimen organizado y del fenómeno de la corrupción, lo que ha implicado reformas estructurales, como la Reforma Procesal Penal que instauró en todo el país el sistema penal acusatorio en forma gradual¹⁷ el año 2005, y de nuevos actores, como el Ministerio Público, los Tribunales de Juicio Oral y los Jueces de Garantía, entre otros. Podemos concluir que el combate a la corrupción en Chile ha sido entendido como un trabajo de largo plazo, multidisciplinario, interinstitucional y permanente.

Lo que hemos pretendido con esta somera descripción de los esfuerzos realizados por los distintos gobiernos desde la recuperación de la democracia, es resaltar que la modernización del Estado y la lucha contra la corrupción constituyen una labor de la mayor envergadura e importancia, y no puede ser obra de un gobierno en particular sino que constituye un trabajo permanente del Estado de Chile. Creemos que ésta es una de las principales lecciones que podemos ofrecer a los demás países miembros del MERCOSUR desde la experiencia chilena.

17 La reforma procesal penal entró en vigencia en forma gradual en Chile iniciándose en diciembre del año 2000 con las regiones cuarta y novena y concluyendo en junio del 2005 con Santiago y su Región Metropolitana.

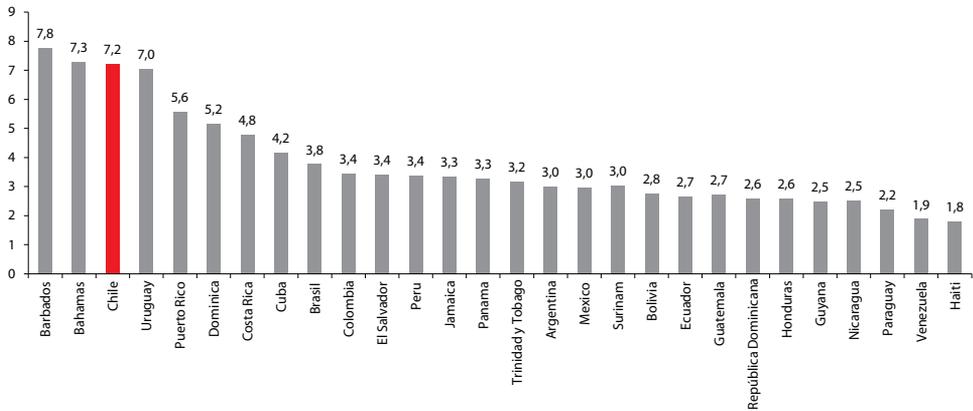
Mapa Mundial de la Corrupción



IdePC 2011: Muestra años 2010 y 2011



Chile en Latinoamérica



IdePC 2011: Muestra años 2010 y 2011



II. Convenciones internacionales en materias de corrupción y su aporte a la legislación chilena

El país, desde el primer gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia, en 1990, ha venido firmando acuerdos en materias comerciales, medioambientales, de corrupción, universitarias y en otros diversos ámbitos, con los grandes bloques regionales como el NAFTA, la Unión Europea, APEC, Mercosur como miembro asociado, Japón, Corea del Sur, Australia, y muchos más. Ello permitió la integración de la economía de Chile con el resto del mundo pero también dejó expuesto al país a formas de negociaciones lícitas e ilícitas que antes eran desconocidas, y que suelen estar siempre presentes en los grandes contratos internacionales. Es bien sabido que en las obras públicas de envergadura, los grandes hospitales, los centros educacionales, ferrocarriles, represas, armas y drogas, se concentra un porcentaje muy importante del comercio ilícito mundial, frente a lo cual las naciones han firmado Convenciones que buscan impedir la comisión de las conductas delictivas más frecuentes en corrupción como el cohecho, el fraude, la malversación de caudales públicos, el tráfico de influencias, el enriquecimiento ilícito y, últimamente, la responsabilidad de las personas jurídicas.

Las convenciones internacionales en materia de corrupción han posibilitado que las modificaciones del derecho interno se hayan realizado con mayor prontitud de las que se hubiesen efectuado si hubieran dependido exclusivamente de las exigencias internas del país. Un efecto virtuoso de las convenciones es que han forzado a que los distintos Estados parte hayan mejorado sustancialmente su legislación interna, en algunos casos como el chileno, incorporando nuevos tipos penales como el soborno a funcionario público extranjero, el enriquecimiento ilícito o la responsabilidad penal de las personas jurídicas, o mejorado figuras como el cohecho nacional, y aumentado la penalidad de los más importantes delitos de corrupción, con el objeto de permitir su extradición y, de paso, aumentar la prevención general y especial.

Además, los tratados suelen someter a sus Estados miembros a extensas evaluaciones respecto de su implementación, las que implican análisis y revisiones de la normativa interna y de la experiencia recaída en investigaciones penales. Chile es miembro de la Convención de Naciones Unidas¹⁸ contra la Corrupción, y su participación ha sido muy activa pues, el año 2011, fue examinado por El Salvador y Ucrania sobre la “penalización y aplicación de la ley” y sobre “cooperación internacional” de conformidad a los capítulos 3 y 4 de ese cuerpo normativo. A su vez, le ha correspondido participar como evaluador de la Macrocomunidad de Dominica junto a Paraguay. También es Estado Parte

18 Chile es Estado Parte de la Convención ONU contra Corrupción (UNCAC) desde 2007.

de la Convención Interamericana contra la Corrupción¹⁹ la cual, junto a la de las Naciones Unidas, recomendaba incorporar el delito de enriquecimiento ilícito²⁰ a la normativa nacional, lo cual fue realizado el año 2006, dando cumplimiento a compromisos internacionales sobre la materia. Se hace la salvedad que en la figura penal chilena, la prueba del enriquecimiento injustificado será siempre de cargo del Ministerio Público, ya que se estimó que la suposición de la obtención ilícita de los ingresos y el desplazamiento de la carga probatoria al imputado era contraria al principio de presunción de inocencia y a la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal.

Por otra parte, el fenómeno de la corrupción inquieta a todas las grandes economías del mundo, a los gobiernos y a la ciudadanía, pues producen profundos daños en la asignación de recursos y lesionan severamente la libre competencia. En ese contexto, en el marco de la APEC²¹ del año 2004, se firma por los países miembros el “Compromiso de Santiago” a fin de perseverar en la lucha contra la corrupción, con miras a implementar, potenciar y coordinar esfuerzos en la adopción de las acciones contenidas en la UNCAC y otras convenciones internacionales.

Quisiéramos reseñar brevemente la reciente experiencia de incorporación de Chile a la OCDE²², en cuanto miembro pleno, y mostrar como el proceso de acceso implicó realizar importantes modificaciones en nuestra legislación interna en lo referente a los delitos de corrupción e implicó, también, incorporar nuevas regulaciones, de manera de adecuarnos a los más altos estándares en materia de investigación y persecución penal para este tipo de ilícitos, exigidos por esa organización. La “Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”²³ fue adoptada por Chile el año 2002, e implicó incorporar al Código Penal chileno, desde un primer momento, el concepto de funcionario público extranjero²⁴ y

19 Chile es Estado Parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción desde 1999.

20 La Ley N°20.088 de 05.05.2006, agregó al Código Penal chileno el artículo 241 bis, tipificando como delito el enriquecimiento ilícito.

21 APEC, es el principal foro económico del Asia Pacífico. Su objetivo principal es apoyar el crecimiento económico sustentable y la prosperidad en la región Asia Pacífico.

22 OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, es una organización de cooperación internacional, compuesta por 34 Estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales, intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y colaborar a su desarrollo y al de los países no miembros.

La OCDE, conocida como “club de los países ricos”, agrupa a países que proporcionaban al mundo el 70% del mercado mundial y representaban el 80% del PNB mundial en 2007.

23 Chile es miembro de la Convención OCDE desde 2002 y miembro pleno de la organización desde el 2010.

24 Artículo 250 bis B incorporado el año 2002 y modificado a 251 ter del Código Penal en el año 2009.

el delito de cohecho a funcionario público extranjero²⁵, que constituyen figuras centrales de la Convención.

Las principales adecuaciones normativas realizadas por Chile para implementar la Convención en cumplimiento de recomendaciones efectuadas por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho de la OCDE (WGB) fueron las siguientes: La Fase I de evaluación de Chile sobre la implementación de la Convención, concluyó el año 2004 con una serie de recomendaciones referidas, entre otras, a adecuar el tipo penal de cohecho a funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales a los requerimientos de la Convención, el cual había sido establecido mediante Ley N°19.829 (2002), que modificó el Código Penal para incorporar los artículos 250 bis A, que penalizaba el referido delito de cohecho a funcionario público extranjero, y 250 bis B, que definía el concepto de funcionario público extranjero. Durante la Fase II de evaluación, que culminó en octubre de 2007, el WGB determinó que Chile debería someterse a una Fase I bis debido a que no había implementado las recomendaciones legales señaladas por el WGB el año 2004. La evaluación de Fase I bis culminó positivamente para Chile, en octubre del año 2009, fundamentalmente gracias a la publicación de dos leyes:

- a) La Ley N°20.341, publicada el 22 de abril de 2009 que: a) adecuó el tipo penal a los requerimientos de la Convención, complementando el tipo penal de cohecho a funcionario público extranjero con los tres verbos rectores requeridos por la Convención: *ofrecer*, *prometer*, *dar*, ampliándolo de su anterior formulación que señalaba: “el que ofreciere dar”; b) estableció que en ese delito el beneficio ofrecido, prometido o dado, puede ser de una naturaleza distinta a la económica, incorporándose así la posibilidad que el cohecho esté constituido por un beneficio no cuantificable en dinero; c) reemplazó el concepto transacciones comerciales internacionales, por cualesquiera transacciones internacionales, de manera de incorporar en el delito indicado las transacciones internacionales que no tengan el carácter de comerciales; d) para corregir y armonizar la terminología con la Convención sustituyó en el mismo delito los vocablos “empresa de servicio público” por “empresa pública”; e) se adecuaron las sanciones del delito en comento aumentándolas, con el objeto de lograr que sean efectivas, proporcionales y disuasivas y que, además, permitan la extradición conforme a los requerimientos de la Convención.
- b) La Ley N°20.371, publicada el 25 de agosto de 2009, que introdujo una modificación al Código Orgánico de Tribunales en orden a establecer la competencia de los tribunales nacionales para pronunciarse sobre cohecho de funcionarios públicos extranjeros cometido por chilenos (o extranjeros residentes en Chile) fuera de nuestro país. Por su parte, La Fase I ter de

25 Artículo 250 bis A incorporado el año 2002 y modificado a 251 bis del Código Penal en el año 2009.

evaluación, que culminó en diciembre de 2009, consistió en la revisión del cumplimiento de la recomendación referida a sancionar a las personas jurídicas por este delito, de conformidad a como lo establece la Convención. Con la dictación de la Ley N°20.393, publicada el 2 de diciembre de 2009, se incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo, soborno y soborno transnacional. Finalmente, el 7 de mayo de 2010, Chile se convierte en miembro pleno de la OCDE y único país latinoamericano en integrarlo luego de haber cumplido con todos los requisitos y evaluaciones exigidas²⁶.

A modo de conclusión de este acápite, rescatamos que, más allá de los grandes esfuerzos realizados para dar cumplimiento a las distintas convenciones de corrupción de las cuales Chile forma parte, éstas han terminado mejorando la normativa interna y dotando de mejores herramientas a los fiscales que deben investigar y sostener la acción penal por este tipo de hechos, que en muchas ocasiones resultan de gran complejidad y vinculados a la criminalidad organizada transnacional.

III. Ministerio Público

El Ministerio Público²⁷ es una institución de reciente data en Chile, su creación se remonta a 1997 cuando fue creado por la Ley N°19.519, en el marco de una reforma constitucional que implicó, además, el cambio del sistema de enjuiciamiento criminal. Los aspectos más relevantes derivados de la creación del Ministerio Público consistieron en separar las funciones de investigar y de juzgar, entregando a órganos distintos cada una de ellas; reemplazar el sistema inquisitivo por un sistema adversarial y acusatorio; y otorgar independencia al Ministerio Público respecto de los otros poderes del Estado.

Quisiéramos destacar la importancia que tiene para las investigaciones en corrupción que la Fiscalía sea un organismo autónomo e independiente, básicamente del Poder Ejecutivo y del Legislativo, pues ello le permite actuar con mayor libertad frente a los altos mandos de la clase política. Los delitos de corrupción se cometen por funcionarios públicos y cuando las investigaciones son por altos montos, generalmente resultarán involucradas altas autoridades ministeriales o de los servicios del Estado y particulares poderosos, lo que redundará en una fuerte cobertura mediática e intentos de desvirtuar la

26 México también es miembro pleno de la OCDE y son candidatos a integrarlo Argentina y Brasil.

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

investigación, atribuyéndoles intereses políticos, asunto que suele superarse cuando se investigan los hechos ilícitos y se incautan pruebas basados en criterios eminentemente técnicos, desechándose apreciaciones políticas o de cualquier otra índole. Esta forma de accionar le ha valido a la Fiscalía ser cuestionada por políticos de todos los sectores y, a la larga, también el reconocimiento de todos ellos porque se ha comprobado que las decisiones se han basado en una investigación objetiva de hechos ilícitos.

En cuanto a su orgánica, el Ministerio Público está conformado por una Fiscalía Nacional y por fiscalías regionales, estas últimas organizan su trabajo a través de fiscalías locales. El Fiscal Nacional dicta instrucciones de carácter general, pero no puede impartir instrucciones particulares en una investigación concreta pues ello constituye un ámbito reservado al fiscal adjunto.

La instalación de la Reforma Procesal Penal y de la Fiscalía constituyó un proceso gradual que se inició el año 2000 sólo en dos regiones del país de modo que, cada año siguiente, se fueron incorporando otras regiones, hasta culminar con la Región Metropolitana²⁸ en el año 2005. Esta última concentra los principales poderes del Estado, servicios públicos y organismos dependientes del mismo, por lo cual reporta el mayor número de investigaciones complejas en corrupción del país. Este nuevo escenario de persecución penal ha demandado nuevos planteamientos para enfrentar las investigaciones de un fenómeno que se tornaría, con el correr de los años, cada vez más complejo y que demandaría distintas estrategias para su control por parte del Ministerio Público, que trataremos de explicar en los siguientes párrafos.

a) Modelo de persecución de delitos funcionarios y probidad pública

Durante la vigencia del sistema inquisitivo en Chile fueron los jueces quienes investigaron y condenaron a aquellos funcionarios públicos que incurrieran en conductas de corrupción, y era el Consejo de Defensa del Estado²⁹ el organismo que defendía los intereses del Fisco en esos procesos penales. Con la instalación de la reforma ese escenario cambió y, sin perjuicio de que los abogados del Consejo seguirían participando en los procesos penales en calidad de querellantes, su injerencia en la investigación, así como la de los jueces, había quedado muy reducida, en un caso, y anulada en el otro. El nuevo actor sería el fiscal y a él le correspondería asumir el desafío de conducir las investigaciones, con auxilio de la Policía de Investigaciones y de Carabineros,

28 Santiago, capital de Chile tiene una población cercana a los 6 millones de habitantes y concentra el 40% de la población del país, conforma la Región Metropolitana y para efectos del Ministerio Público se encuentra dividida en 4 fiscalías regionales: Centro Norte, Oriente, Occidente y Sur.

29 Consejo de Defensa del Estado: órgano colegiado encargado de defender, representar y asesorar judicial y extrajudicialmente al Estado, en materias de carácter patrimonial y no patrimonial, a través del ejercicio de las acciones y defensas judiciales que correspondan, en beneficio de los intereses del Estado.

recopilar las pruebas y sostener la acción penal frente a los tribunales orales o de garantía. Los nuevos fiscales eran, en su gran mayoría, abogados jóvenes, todos los cuales habían sido seleccionados vía concursos públicos y exigentes exámenes de selección, reduciendo al mínimo la posibilidad de que las vacantes pudiesen ser llenadas por contactos e influencias externas, intentando, de este modo, cortar con el desprestigio a que estaba sometido el ejercicio del Derecho Penal en Chile. El desafío para los fiscales fue grande pues debieron capacitarse en materias de índole procesal penal y en un sinnúmero de delitos especiales, en un breve tiempo. A consecuencia de ello, en una primera etapa de consolidación del Ministerio Público, el Fiscal Nacional³⁰ impartió un muy abundante número de Dictámenes y Resoluciones generales con el objeto dar orientación para cada tipo de investigación.

Con ese mismo fin se crea, en el año 2003, la “Unidad Especializada de Delitos Funcionarios y de Probidad Pública”³¹ para colaborar y asesorar a los fiscales que tengan a su cargo la dirección de la investigación de estos ilícitos, de acuerdo con las instrucciones generales que al efecto dicte el Fiscal Nacional. Esta Unidad Especializada dependerá directamente del Fiscal Nacional y será dirigida por un Director designado por esta misma autoridad, previa audiencia del Consejo General³².

A fines del 2003, se dicta por parte del Fiscal Nacional el Oficio N°551³³ que entrega a los fiscales conceptos generales sobre delitos funcionarios; establece como debe ser la comunicación con el Consejo de Defensa del Estado y dicta criterios procesales en cuanto a la aplicación del principio de oportunidad y de medidas alternativas en la investigación de los delitos que afectan al patrimonio fiscal y en los imputados a empleados públicos en el desempeño de sus cargos, o con ocasión de ellos. Por este mismo instrumento se fija la competencia de la Unidad Especializada, la que queda circunscrita a los “delitos funcionarios”, entendidos como aquellos crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos³⁴.

30 Guillermo Piedrabuena Richard, primer Fiscal Nacional del Ministerio Público ejerció el cargo entre los años 1999 a 2007.

31 El Fiscal Nacional Guillermo Piedrabuena dicta la Resolución N°157/2003 el 06.05.2003 que crea la Unidad Especializada de Delitos Funcionarios y de Probidad Pública.

32 Consejo General está conformado por el Fiscal Nacional y los fiscales regionales.

33 Oficio FN N°551 de 13.11.2003 en el cual el Fiscal Nacional Guillermo Piedrabuena dicta las instrucciones generales respecto a la persecución de los delitos que atenten en contra de la probidad funcionaria; de los que afecten el patrimonio fiscal o de los órganos estatales con patrimonio propio; y de los cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones.

34 Delitos Funcionarios se los clasifica en: a) los que afectan la probidad administrativa agrupados en malversaciones, fraudes y cohecho o soborno; b) delitos que afectan la confianza pública depositada en los funcionarios y el buen funcionamiento de la administración reunidos en los nombramientos ilegales, la usurpación de funciones, la prevaricación, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, la

Producto de la experiencia de las investigaciones que se habían desarrollado principalmente en regiones, y también a consecuencia de la jurisprudencia que estaban produciendo los nuevos tribunales, se estimó conveniente dictar el Oficio N°029³⁵, de manera de actualizar los criterios de actuación en materia de delitos funcionarios al inicio del 2007. Recordemos que se acababa de incorporar la Región Metropolitana de Santiago, como última de todas las regiones en adoptar la Reforma Procesal Penal, gradualidad que permitió que existiese una importante experiencia acumulada a lo largo de tres o cuatro años en toda gama de delitos, de forma que, cuando entró el proceso penal acusatorio a la Región Metropolitana, se pudieron escoger a los fiscales, jueces y defensores con mayor experiencia.

b) Modelo actual de persecución penal de la corrupción en Chile

Habiéndose producido una modernización bastante acelerada en los órganos estatales, particularmente en los ministerios y servicios públicos, sumado a que los gobiernos tramitaban proyectos con modificaciones legales ante el parlamento, con el fin de adecuar nuestra normativa interna a las exigencias y recomendaciones internacionales³⁶ que implicarían cambios sustantivos en materia de delitos de corrupción, y habiéndose detectado en viajes al exterior y en la experiencia interna que el tema del combate a la corrupción era mucho más que la persecución de aquellos empleados públicos o municipales que cometían delitos funcionarios, o que no adecuaban su comportamiento a las exigencias de probidad, pues el tema había mutado hacia un fenómeno muchísimo más complejo, que exigía contar con profesionales que tuvieran la capacidad de analizar el particular delito de corrupción cometido en el medio interno pero vincularlo, si fuese del caso, a operaciones criminales transnacionales, recuperación de activos dentro y fuera del país, cooperación internacional y asistencia legal mutua, junto a nuevas figuras de enriquecimiento ilícito y soborno a funcionario público extranjero y, a futuro, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

resistencia y desobediencia, la denegación de auxilio y abandono de destino y los abusos contra particulares; c) otros delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de su cargo tipificados en leyes especiales; d) otros delitos que afecten el patrimonio estatal, puede darse la comisión de delitos comunes por funcionarios públicos o por particulares; e) otros delitos cometidos por funcionarios públicos fuera de la órbita de sus funciones y sin afectar el patrimonio estatal pero que con ocasión de su actuar ilícito, atenten contra la probidad administrativa, y se ponía como ejemplo, el caso de abusos de menores cometidos por funcionarios públicos aprovechándose de su calidad de tal, como podría ser un establecimiento educacional.

35 Oficio FN N°029 de 11.01.2007 en el cual el Fiscal Nacional Guillermo Piedrabuena actualiza los Criterios de Actuación en Materia de Delitos Funcionarios.

36 Particular mención cabe hacer del proceso de incorporación de Chile como miembro pleno a la OCDE.

En este escenario y, habiendo asumido recientemente un nuevo Fiscal Nacional³⁷, se dicta la Resolución FN/MP N°2926³⁸ que cambia la “Unidad Especializada de Delitos Funcionarios y Probidad Pública” a una “Unidad Especializada Anticorrupción” con el objeto de continuar brindando una asesoría penal y financiera contable a los fiscales que tramitasen causas de corrupción, pero atendido que habían aumentado considerablemente las investigaciones, se hizo necesario establecer algunos criterios objetivos que permitieran privilegiar algunas investigaciones por sobre otras, sumado a que, durante el periodo de implementación de la Reforma Procesal Penal se habían dictado una gran cantidad de oficios e instructivos que impartían criterios de actuación, que hacían necesaria una sistematización de los mismos, con el objeto de obtener una normativa interna que se traduzca en criterios de actuación acordes con esta etapa del ente persecutor. Para tal fin, se dictó el Oficio FN N°059³⁹ en enero del 2009, que impartió criterios de actuación en delitos de corrupción y dejó sin efecto 13 instructivos y oficios que guardaban relación con estas materias, fijando un texto único en el cual se imparten todos los criterios de actuación que rigen en materia de delitos de corrupción y contra la función pública. Dentro de los elementos a destacar, vale la pena señalar que se confeccionó un nuevo listado con los ilícitos de competencia de la especialidad, centrado principalmente en aquellos delitos de corrupción propiamente tal⁴⁰, desprendiéndose de aquellos que, si bien eran cometidos por empleados públicos, no guardaban directa relación con este tipo de fenómeno, como es el delito de abusos contra particulares. Por otra parte, se abordan aspectos procesales como las medidas intrusivas, salidas tempranas y alternativas, procedimientos de desafuero y querrela de capítulos, entre otros.

La estructura de la Unidad Especializada Anticorrupción está conformada por una Directora, que establece los objetivos particulares, en directa sintonía

37 Sabas Chahuán Sarrás, asumió como Fiscal Nacional del Ministerio Público el 30.11.2007.

38 El Fiscal Nacional Sabas Chahuán Sarrás dicta la Resolución FN/MP N°2926 de 05.12.2007 que modifica el nombre de la Unidad Especializada en Delitos Funcionarios y Probidad Pública a Unidad Especializada Anticorrupción.

39 Oficio FN N°059/2009 de 30.01.2009 en el cual el Fiscal Nacional Sabas Chahuán imparte Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de corrupción.

40 El catálogo incluye los ilícitos de: falsificación de instrumentos públicos, falsificación de pasaporte o porte de armas, falsificación de certificados, falsedades vertidas en el proceso y perjurio, malversación de caudales públicos, fraude al Fisco, negociación incompatible, tráfico de influencias, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito, nombramientos ilegales, prevaricación judicial, prevaricación administrativa, violación de secretos, uso de información privilegiada, obstrucción a la investigación cometida por fiscales o abogados asistentes actuando como fiscales, cohecho, soborno, cohecho a un funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales, estafa al Fisco, y otros delitos contemplados en leyes especiales en que el sujeto activo sea un funcionario público, actuando en el ejercicio de sus funciones, en que se afecten aspectos personales o patrimoniales de la administración pública o de justicia.

con las instrucciones del Fiscal Nacional, para un equipo de trabajo conformado por cinco abogados, dos analistas financiero-contables más un apoyo administrativo. Puede apreciarse que el equipo de profesionales es bastante reducido, por lo que el apoyo se concentra prioritariamente en aquellas investigaciones de mayor importancia que se han calificado como IAP⁴¹.

El aporte efectivo que los profesionales de la UNAC⁴² prestan permanentemente a la investigación suele consistir en: informar en detalle al Fiscal Nacional sobre una causa particular de modo que se encuentre debidamente informado del curso de la investigación; enfrentar conjuntamente con el fiscal regional o adjunto las estrategias comunicacionales que el caso requiera; análisis conjunto de la teoría del caso; comparecer ante los Tribunales Superiores de Justicia; proponer al fiscal adjunto o regional, que tramita la investigación, diligencias y cursos de acción; evacuar informes en derecho y financieros contables; colaborar en la toma de declaraciones a imputados y testigos; coordinar peritajes, asesorar en la evaluación de la prueba; participar en incautaciones u otras diligencias de investigación, entre otros.

Este cúmulo de apoyos suelen ser de gran utilidad para el fiscal adjunto especializado⁴³ que normalmente está a cargo de la causa, entre muchas otras investigaciones de variado género, porque le permite enfrentarse a una opinión técnica y objetiva frente a su percepción y análisis de los hechos ilícitos, que normalmente ha conocido de fuentes directas.

Estamos ciertos que el número de casos de corrupción, dentro del universo de todas las causas que investiga la Fiscalía, representa sólo el 0,1%, pero ello no debe dar motivo a engañarnos respecto de su importancia pues suelen ser “estas causas” las que concitan una gran cobertura periodística e interés de la ciudadanía en ellas, lo que genera altas expectativas de la población, que espera que se impongan sentencias condenatorias con penas muy elevadas.

Por último, observamos, por experiencias internacionales que el combate a la corrupción, el lavado de activos y la responsabilidad penal de las personas

41 IAP investigaciones de alta prioridad, según criterios objetivos y no copulativos que permiten otorgarle tal calidad a una causa. Los criterios utilizados son: a) Importancia pública de los involucrados sean funcionarios públicos o particulares; b) Monto del perjuicio fiscal o municipal involucrado: un mínimo de 400 UTM; c) Conmoción pública del caso; d) Querrela o denuncia presentada por el Consejo de Defensa del Estado, Contraloría General de la República, Alcaldes, Parlamentarios u otras autoridades; e) Solicitud de apoyo y asesoría solicitada por un Fiscal Regional, y f) Investigación en materia de la especialidad a cargo de un Fiscal Regional.

42 UNAC Unidad Especializada en Anticorrupción de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile.

43 Fiscal adjunto especializado, en el Ministerio Público los fiscales suelen estar adscritos a una especialidad por lo que tienen preferencia para investigar un determinado tipo de delitos y reciben capacitación permanente sobre esa materia. Las especialidades son en delitos de corrupción, delitos económicos, delitos sexuales, delitos de drogas y delitos de menores adolescentes.

jurídicas están diseñando el nuevo escenario en que se desarrollará el crimen organizado y, en ese sentido, el proyecto de crear a futuro una Fiscalía de Alta Complejidad que aúne en un mismo equipo fiscales con experiencia, abogados con serios conocimientos en estas materias y analistas financieros capaces de detectar desfalcos e irregularidades contables permitirá enfrentar en mejor posición este próximo reto.

c) Hacia un modelo especial de persecución penal de la corrupción: creación en Chile de una Fiscalía de Investigaciones de Alta Complejidad

Adelantamos, en términos generales, que la Reforma Procesal Penal en nuestro país, una de las transformaciones más importantes vividas en nuestra sociedad, no sólo desde lo jurídico sino, también, desde lo social y cultural, tuvo dos grandes grupos de objetivos: adecuar nuestro sistema de enjuiciamiento criminal a los estándares propios de un Estado Democrático de Derecho y, por otra parte, propender, de manera patente y concreta, a una mayor eficacia en la actividad de persecución penal y de juzgamiento de los hechos constitutivos de delito. Es posible afirmar que, aún cuando no en lo absoluto, esos objetivos se han cumplido y nuestro proceso de transformación ha sido, reconocidamente, exitoso.

A partir de esa constatación, desde una segunda etapa en la consolidación de un nuevo sistema en el país, nos preguntamos: en materia de corrupción, ¿hemos adoptado, efectivamente, la institucionalidad más eficiente?

Para responder debemos detenernos en la constatación de una realidad, consistente en que Chile ha adoptado un sistema de modelo social abierto al mundo, fundamentalmente en materia económica, que nos obliga a estar atentos al desarrollo de los fenómenos internacionales en diversas materias, entre las cuales se encuentra la experiencia comparada en materia de prevención y combate de la corrupción, el crimen organizado y el lavado de dinero.

Fenómenos como los de la globalización y el tráfico jurídico y económico actualmente imperante, y la necesaria interconexión social y económica nos plantean una situación distinta de la que pudo haber existido en el pasado. Es decir, la actividad criminal organizada tiene muchas veces un poder económico tal, que unido a la violencia y la corrupción en amplios sectores del sistema político y estatal, es hoy en día un fenómeno altamente peligroso para la convivencia social y el Estado de Derecho. Se trata de una realidad a la que no se puede ser indiferente, y todos los esfuerzos que se realicen son justificados y proporcionales al mal que se pretende combatir.

Por otra parte, es preciso reflexionar en torno a nuestro actual sistema de persecución penal de la corrupción. Contamos con 91 fiscales especializados en el país, que trabajan mancomunadamente con un pequeño equipo de profesionales especializados, conformado por la Unidad Anticorrupción. Los

mencionados fiscales, sin embargo, si bien cuentan con especialidad, no cuentan con exclusividad para el desarrollo de esta importante tarea. Así, ejecutan sus tareas de persecución penal en todo el ámbito delictivo, desde un delito “menor”, pasando por un homicidio, hasta una causa de reconocida complejidad, como son aquellas relacionadas con el fenómeno de la corrupción.

Desde allí una primera dificultad, que muchas veces se torna sistémica; en efecto, la necesidad, ni siquiera de obtener resultados favorables en la persecución de estos delitos sino tan sólo de poder seguir llevándola adelante, por la enorme complejidad que representa, muchas veces conduce a la necesidad de dotar de exclusividad a los fiscales, para dedicarse a determinada causa y por un tiempo determinado. Así las cosas, se perjudica todo el sistema, pues el costo se traspaasa hacia las otras causas de las que el fiscal era titular, las que son trasladadas a sus compañeros de fiscalía, recargando el trabajo, en definitiva, de todo el aparato persecutor.

Por qué resulta necesaria la atribución, aun temporal, de esta exclusividad, por razones bastante simples ya mencionadas: la complejidad de este tipo de investigaciones, que va, esta vez, desde lo cuantitativo hasta lo cualitativo. En efecto, se trata de una cantidad más que considerable, por decir lo menos, de antecedentes que analizar, no sólo que revisar, sino que examinar, procesar, y ello desde el ámbito de distintas disciplinas. Por otro lado, se requiere que quienes están encargados de este tipo de investigaciones sean personas capaces de comprender el fenómeno de la corrupción en toda su dimensión, que va desde lo jurídico pero que, sin duda, lo excede, abarcando, a lo menos, factores de tipo económico, social, cultural y políticos, entre otros.

A ello podemos sumar dificultades que exceden el aparato de persecución penal propiamente tal, así, la importancia pública de los personajes involucrados en este ámbito delictivo, con los consecuentes efectos mediáticos y, por tanto, de obstaculización de diligencias investigativas, los factores políticos asociados, con toda la dinámica propia de ese terreno, tiñe, muchas veces, investigaciones netamente objetivas y técnicas, constituyéndose en una concreta dificultad. Amén de lo anterior, nos encontramos con la necesidad de superar obstáculos procesales, como la existencia de antejuicios y, sin duda alguna, las defensas más activas que puedan pensarse.

Históricamente, el nivel de las sanciones penales asociadas a la corrupción, en nuestro país, no ha favorecido la persecución penal. En efecto, la falta de efectivas penas privativas de libertad conlleva que muchos subordinados, por razones que suelen ir desde la lealtad hasta importantes motivaciones económicas, estén dispuestos a auto culparse, impidiendo el efectivo esclarecimiento de los hechos, en casos más graves, la influencia de los personajes, el importante poderío y, algunas veces, la sola “investidura”, son razones suficientes para justificar la menor colaboración posible que el ente persecutor recibe en algún ámbito delictivo.

Todo eso, entre otras muchas razones traducidas en dificultades investigativas, llevaron a la Fiscalía de Chile a proponer la creación de una fiscalía especial para perseguir este tipo de criminalidad, la Fiscalía Especial de Investigaciones de Alta Complejidad, contenida en el Proyecto de Ley Boletín 8265-07, ingresado a nuestro Congreso Nacional, por Mensaje de su Excelencia, el Presidente de la República.

Fundamentalmente, se trata de transmitir a los sectores más desprotegidos una señal de tranquilidad y confianza, precisamente porque son ellos los que se sienten más vulnerables frente a estos poderes delictuales. Consecuentemente, son ellos también quienes primero se decepcionan del sistema institucional y de la democracia como forma de gobierno, con las peligrosas y lamentables consecuencias que ya hemos sufrido en nuestro pasado reciente.

Hoy por hoy existe una paradoja de la cual debemos hacernos cargo. Por una parte, Chile es reconocido internacionalmente por su perfeccionamiento institucional y, prueba de ello es, por ejemplo, su participación como miembro en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, pero, a pesar de ello, la percepción ciudadana es otra, según nos muestran importantes encuestas de percepción de corrupción o de evaluación de las instituciones. Una explicación para esto es la capacidad de respuesta frente a situaciones determinadas, cómo se percibe esta respuesta, y estamos convencidos que la confianza que la sociedad ha depositado en nosotros no nos permite este tipo de licencias, que somos responsables ante el país si mañana nos demandan explicaciones por nuestra incapacidad.

En este contexto se plantea la creación de la FIAC, proyecto que surge, precisamente, en el seno de la Unidad Especializada Anticorrupción del Ministerio Público que, habiendo hecho una propuesta que fue acogida por el Programa Eurosocial sector Justicia de la Unión Europea, fue cobrando fuerza, de modo de incluirse en el Plan Estratégico de la Institución por el periodo 2008-2015 y, posteriormente, en el Proyecto de Fortalecimiento del Ministerio Público (correspondiente al actual Boletín Legislativo N°8265-07, ya mencionado). A partir de ellos, nos reunimos con integrantes del Poder Ejecutivo –integrado por representantes de los Ministerios de Interior y Justicia, así como de la Dirección de Presupuestos de la nación– y, sobre la base de los argumentos aquí escuetamente expuestos, desarrollados ampliamente y acompañados de datos específicos, correspondientes a la realidad de persecución penal de este tipo de criminalidad en nuestro país, se concluyó la necesidad de crear una estructura distinta para hacerse cargo de este tipo de delitos, basada en criterios cualitativos en materia de cargas de trabajos, en la necesidad de establecer dinámicas de trabajo interdisciplinarias, coordinadas, y totalmente en equipo, evitar personalización en la investigación y aunar esfuerzos destinados a la obtención de un logro comúnmente esperado: mejorar los resultados de la persecución penal de este tipo de delitos de forma que, desde nuestro ámbito de competencia, vale decir, desde la persecución penal, podamos contribuir a

combatir el fenómeno y, consecuentemente entonces, a afianzar el Estado de Derecho.

En el Proyecto consensuado con el Ejecutivo se trata de una Fiscalía Especial, autónoma en sus funciones, con competencia supra territorial, vale decir, a lo largo de todo el país, que permita perseguir casos de alta complejidad en materia de corrupción, lavado de activos, drogas, terrorismo, tráfico de personas, control de armas y aquellos que pueden cometer las personas jurídicas (en cuya base también están los tipos asociados a la corrupción), mediante criterios de asignación de “alta complejidad” que el Fiscal Nacional definirá de forma anual.

Cabe consignar que, en el Proyecto de la Fiscalía de Chile –no recogido en el Proyecto del Poder Ejecutivo– se contemplaba la integración de esta fiscalía por funcionarios auxiliares del Ministerio Público, dentro de la misma entidad. Ello obedecía, evidentemente, a la obtención de mejores resultados y a la optimización del trabajo en equipo. Creemos que, un fenómeno de esta envergadura exige esfuerzos proporcionales, así, toda coordinación institucional y desarrollo de equipos afiatados, minimización de filtraciones y real compromiso siempre será positivo para la obtención de estos resultados.

En definitiva, por todas estas consideraciones, el Ministerio Público, desde su esfera de competencias ha hecho esta propuesta de modificación legal, en la convicción de que la creación de una **Fiscalía de Investigaciones de Alta Complejidad** es una medida de prevención del delito, atendida la señal que se da, y de persecución penal eficaz y eficiente dadas las características de este nuevo órgano, todo ello de forma totalmente coherente con nuestro actual sistema de persecución penal, inserto en un proceso de modernización de la Justicia y, sobre todo, en aras de la importante consolidación y fortalecimiento del Estado de Derecho en nuestro país y estamos esperanzados que, en aras del mismo, podamos concretarlo.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA COMETER EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS A PROPÓSITO DEL LLAMADO CASO DEL SEÑOR DEL TAMARUGAL

Juan Castro Bekios¹

I. Antecedentes

La Fiscalía Local de Iquique llevó adelante, entre los días 26 de diciembre de 2011 y 20 de enero de 2012, el juicio oral ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique en la causa RUC 0900779280, habiendo formulado previamente la correspondiente acusación por los delitos de asociación ilícita para el tráfico drogas, en conformidad a lo establecido en el artículo 16 N°1 y N°2 de la Ley N°20.000, delito de tráfico ilícito de drogas, conforme a lo preceptuado en el artículo 3° en relación al artículo 1° de la ley ya referida, delitos de receptación conforme a lo regulado en el artículo 456 bis A del Código Penal y, finalmente, por el delito de lavado de dinero, previsto y sancionado en el artículo 29 de la Ley N°19.913.

De forma preliminar, es menester advertir dos circunstancias que son, a nuestro juicio, primordiales para la comprensión de la finalidad de este comentario. En primer lugar, mencionar previamente cuáles fueron los resultados que se plasman en la sentencia dictada en esta causa, pues si bien la acusación se efectuó por diversos delitos, lo cierto es que, en definitiva, no se obtuvo sentencia condenatoria en cada uno de los mencionados en el párrafo anterior.

En efecto, el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, de conformidad a su considerando vigésimo y en la parte resolutive del fallo, resolvió condenar a Milton Santiago Palape Lucas y Giovanni Marcelo Espinoza Jeldes como autores de un delito de asociación ilícita para el narcotráfico, previsto y sancionado en el artículo 16 N°1 de la Ley N°20.000. Asimismo, resolvió condenar a Jorge Rodrigo Morales Ticona, Álvaro Juvenal Morales Ticona y Álvaro Lucas Cayo como autores de un delito de asociación ilícita para el narcotráfico, previsto y sancionado en el artículo 16 N°2 de la Ley N°20.000 y finalmente, decidió también dictar fallo condenatorio en contra de Milton Santiago Palape Lucas y Giovanni Marcelo Espinoza Jeldes como autores de un delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en los artículos 3° y 1° de la Ley N°20.000².

1 Abogado Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica y Comunicacional, Fiscalía Regional de Tarapacá, Ministerio Público.

2 Cfr. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 20°.

Sin embargo, cabe mencionar que por otra parte el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, determinó dictar sentencia absolutoria respecto de D.L.A., D.L.A., H.E.P., F.J.V.V. y H.L.Q. de todas las imputaciones formuladas por el Ministerio Público como autores de los delitos de asociación ilícita para el narcotráfico, lavado de activos y tráfico ilícito de estupefacientes, respectivamente³, así como también fue absuelto Milton Palape Lucas de los cargos formulados por los delitos de receptación.

Ahora bien, en segundo lugar advertimos que el presente comentario se circunscribirá a nuestro objetivo declarado al titularlo, esto es, realizar un examen acerca de cuáles fueron los elementos que consideró el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique para tener por acreditado el delito de asociación ilícita que contempla la Ley N°20.000, luego referirnos sintéticamente a los elementos de convicción que el juzgador en su fallo consideró para su pronunciamiento condenatorio, y finalmente, hacer unas breves consideraciones en orden a cual fue la tesis que el tribunal adoptó respecto al bien jurídico⁴ ofendido, componente que no podemos dejar de soslayar.

En otro orden de ideas, y como se verá en adelante, merece anticipar el contexto en que se desarrollan los hechos que finalmente fueron calificados como constitutivos del delito que nos ocupa. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en otras regiones de nuestro país y en particular en la zona central, la Región de Tarapacá ha sido considerada, en cuanto al fenómeno del tráfico de drogas se refiere y en lo que atañe a la criminalidad organizada vinculada al tráfico de drogas, como zona geográfica de ingreso de significativas cantidades de sustancias ilícitas a nuestro país, debido en gran parte al carácter fronterizo de la región, sobre todo con nuestros vecinos de la República de Bolivia, la cual ha sido reconocida por informes internacionales sobre la materia como uno de los productores de droga en la región⁵. En este sentido, la extensa frontera común ha sido permeable para el tránsito de sustancias ilícitas debido a la abundancia de pasos no habilitados que permiten la circulación tanto de mercancías lícitas como ilícitas y dentro de éstas últimas, aquellas que el legislador ha calificado como estupefacientes o psicotrópicas.

Pues bien, en este contexto geográfico acaecen los hechos que nos ocuparán en las siguientes líneas, lo que se traduce que en este caso la dinámica del

3 Cfr. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 20°.

4 Así, Santiago Mir Puig, respecto del concepto de bien jurídico en su obra Derecho Penal, Parte general, Editorial B de F, Buenos Aires, 2009, p. 161, refiere que: “El concepto de bien jurídico se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos distintos: a) en el sentido político-criminal (*de lege ferenda*) de lo único que merece ser protegido por el Derecho Penal (en contraposición a los valores solamente morales; b) en el sentido dogmático (*de lege lata*) de objeto efectivamente protegido por la norma vulnerada de que se trate”.

5 En este sentido puede verse “World Drug Report 2012, United Nations Office on Drugs and Crime, UNODC”, p. 36 en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2012/WDR_2012_web_small.pdf

delito que se nos presenta, requiere la existencia de grupos de personas que se organicen de una forma más o menos estable con el objeto de procurar el ingreso de droga a nuestro país y transportarla para luego ser distribuida dentro del territorio nacional. Desde esta perspectiva nos parece que para la consecución de esta finalidad delictiva se ha tornado conveniente la formación de estructuras plurales de personas, que desarrollando de manera organizada diversas funciones de diferente naturaleza e importancia, permitan instalar un modus operandi para la consecución de los fines ilícitos propuestos.

II. De la acusación del Ministerio Público, de los principales medios de prueba rendidos en juicio y de los hechos que se tuvieron por acreditados por el tribunal

Como se adelantó, el Ministerio Público dedujo acusación por diversos hechos los cuales fueron calificados conforme a las figuras típicas antes reseñadas. Así, el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique en el considerando noveno, en cuanto se refiere al delito de asociación ilícita, de acuerdo con la acusación formulada por la Fiscalía y previniendo que se extrae lo referente a los demás delitos, pero se incluyen referencias de carácter genérico de los mismos se ocupa de sintetizar los hechos comprensivos del delito de asociación ilícita por los que se acusó, señalando que ellos corresponden a los siguientes: *“En virtud de una investigación desarrollada por Carabineros de Chile en conjunto con la Fiscalía de Chile, se pudo establecer que desde el año 2008 en adelante el imputado Milton Santiago Palape Lucas junto a miembros de su familia y a otras personas comenzaron a desarrollar actividades ilícitas consistentes en la adquisición, recepción y tenencia de vehículos motorizados tipo 4x4 robados en distintas partes del país, principalmente en Iquique, Alto Hospicio y Antofagasta, quien junto a sus colaboradores y asociados sacaban de Chile estos vehículos, por pasos no habilitados, con destino a Bolivia, donde los intercambiaba por indeterminadas cantidades de droga las cuales ingresaban luego a nuestro país también por pasos no habilitados y eran distribuidas tanto en Iquique como en otras ciudades de Chile, como Temuco, donde el imputado Giovanni Marcelo Espinoza Jeldes, desde ese año 2008 en adelante, comenzó a financiar y planificar operaciones de tráfico ilícito de drogas que era adquirida a Milton Palape Lucas y a sus asociados. De esta forma los imputados Milton Santiago Palape Lucas, Giovanni Marcelo Espinoza Jeldes, Jorge Rodrigo Morales Ticona, Alvaro Juvenal Morales Ticona, Alvaro Lucas Cayo, F.J.V.V., H.L.Q., D.L.A., H.E.P. y D.L.A. conformaron una asociación con roles y funciones distribuidos entre estos que tenía por objeto utilizar vehículos robados como moneda de cambio de droga que adquirirían en Bolivia y que luego ingresaban a Chile. Adicionalmente, el imputado Milton Palape Lucas y su grupo familiar ejecutaron actos tendientes a ocultar los dineros obtenidos con el ejercicio de su actividad ilícita, tanto en sus domicilios como adquiriendo con esos dineros otros bienes muebles e inmuebles, simulando y falseando u ocultando su origen. En este contexto y en esta organización Milton Santiago Palape Lucas cumplía funciones de organización y*

planificación de las operaciones destinadas a la adquisición y tráfico de drogas ilícitas, manteniendo para ello contacto telefónico desde Pica, Alto Hospicio e Iquique, como también reuniones personales, tanto en Pica como en Alto Hospicio e Iquique, con quienes le entregaban vehículos robados que luego serían enviados a Bolivia. A su vez, Milton Santiago Palape Lucas efectuaba las negociaciones con quienes le vendían drogas desde Bolivia, tanto por teléfono desde Pica como personalmente cuando éste viajaba a ese país, recibiendo la droga e ingresándola luego a Chile y también planificaba la realización de estas actividades ilícitas, tomando contacto con quienes, junto a él, financiaban, organizaban y planificaban dichas operaciones desde Chile, en particular con el imputado Giovani Marcelo Espinoza Jeldes, uno de los destinatarios de la droga que Milton Palape Lucas ingresaba a Chile, quienes la destinaban para su comercialización en Temuco, principalmente clorhidrato de cocaína. Estas coordinaciones entre ambos se efectuaban tanto telefónicamente desde Pica y Temuco como personalmente en Pica, Alto Hospicio e Iquique. Para ello Milton Santiago Palape Lucas, en cumplimiento de estas funciones, mantenía también contacto con quienes cumplían los siguientes roles de colaboración y participación para que la asociación ilícita y este grupo humano pudiese cumplir sus objetivos: así F.J.V.V. recibió en Iquique dineros provenientes de Temuco, remitidos por Giovani Marcelo Espinoza Jeldes, quien utilizaba para el envío a doña Patricia Mendoza López, dineros que eran destinados al financiamiento de las adquisiciones de droga en Bolivia que luego serían internadas hacia Chile, participando de esa manera V.V. en la asociación y en pleno conocimiento de aquello y del destino y sentido de su conducta, pudiendo establecerse que el 12 de noviembre de 2010 recibió un giro por \$2.450.000 y otro por \$2.458.450, con tales fines; mientras que Jorge Rodrigo Morales Ticona, Alvaro Juvenal Morales Ticona, Alvaro Lucas Cayo, H.L.Q. y D.L.A., dentro del contexto de esta organización, y en pleno conocimiento del sentido y destino de su conducta, conducían vehículos robados en Chile hacia Bolivia, por pasos no habilitados, para luego internar drogas a nuestro país. En este sentido, se pudo establecer que el imputado H.L.Q. el día 23 de septiembre de 2010, junto a sus coimputados Pither Lucas y Yolanda Apala Vilchez trasladó el vehículo motorizado tipo camioneta marca Toyota, modelo Hilux, color rojo, placa patente BSCZ.19, el que de esta forma mantuvo en su poder desde Pica hacia las cercanías del límite de Chile con Bolivia, para lo cual sirvió como escolta del vehículo descrito, siendo fiscalizado por Carabineros en su retorno a la localidad de Pica. Ese vehículo, avaluado en aproximadamente \$10.000.000, fue robado en Iquique el mismo día, aproximadamente a las 21:00 horas, mientras se encontraba a cargo de don Diego Narváez Cáceres, siendo su propietario don David Patiño, circunstancia que L.Q. conocía o no podía menos que conocer. Por su parte, los imputados Jorge Rodrigo Morales Ticona y Alvaro Lucas Cayo viajaron a Temuco para la planificación de las operaciones de tráfico de drogas y estupefacientes, coordinando así dichas acciones con el imputado Giovani Marcelo Espinoza Jeldes, pudiendo establecerse que éstos se reunieron en esa ciudad con ese objetivo, entre el 13 y el 16 de noviembre de 2010. Fue en el contexto de esta asociación ilícita que pudo verse efectivamente comprobada la incautación, por parte de Carabineros de Chile, de 352 gramos de clorhidrato de cocaína que fue hallada en poder de Remigio Enrique Marín Cid, quien

fue detenido en el frontis del consultorio Pulmahue de Padre Las Casas, en Temuco, el 13 de septiembre de 2010, aproximadamente a las 21:30 horas, portando la referida droga que era parte de un cargamento de droga que fue enviado hasta esa ciudad desde la Primera Región, días antes, por el imputado Milton Santiago Palape Lucas y su organización, y que fue recibida por Giovanni Marcelo Espinoza Jeldes en la región de la Araucanía, quien fue el destinatario de dicha sustancia y la puso directamente en el mercado a través de Marín Cid, pudiendo establecerse posteriormente que Espinoza Jeldes pagó el dinero adeudado por ese envío de droga al padre del imputado Milton Santiago Palape Lucas, don H.E.P., comprobándose además que Espinoza Jeldes viajó días después a Iquique y Pica, específicamente el 03 de octubre de 2010, tomando contacto con Milton Santiago Palape Lucas en el penal de Pozo Almonte para coordinar sus actividades delictivas. Además, Milton Santiago Palape Lucas, su padre H.E.P. y su hermano D.L.A. mantenían oculto en el inmueble de calle Arturo Prat 246, Pica, las siguientes sumas de dinero en efectivo, en las siguientes dependencias: \$526.000 pesos, US\$1.200, US\$38.300 y \$70 bolivianos en el comedor; \$6.980.000 pesos, US\$55.411 y \$200 bolivianos en el dormitorio de H.E.P.; \$38.000.000 de pesos, \$7.000.000 de pesos y US\$234.090, todos enterrados en el patio posterior del inmueble, dineros todos que fueron hallados el 24 de noviembre de 2010 por personal policial, los que no pueden ser justificados de manera legal y provienen de las utilidades obtenidas con la actividad ilícita que se les atribuye en este proceso a este grupo de personas, particularmente de la actividad del tráfico de drogas y la asociación ilícita para cometer ese delito. Pero además (Demetria Lucas) ha colaborado con la coordinación entre su hijo Milton y Giovanni Marcelo Espinoza Jeldes para la ejecución de las actividades ilícitas, permitiendo y facilitando la reunión entre ambos con ese fin. Giovanni Marcelo Espinoza Jeldes, a su turno, adquirió, con el producto de la actividad ilícita que ejecutaba y que se le atribuye en este proceso, bienes inmuebles en Temuco, a través de una sociedad simulada denominada Espinoza y Espinoza Limitada, creada con el afán de intentar evitar que ingresen formalmente a su patrimonio, particularmente el inmueble ubicado en pasaje Los Onas N°876, comuna de Padre Las Casas, además de un inmueble ubicado en el sector Rucapellán, Las Hortensias, comuna de Cunco, diversos enseres, electrodomésticos y el vehículo motorizado placa patente única CJD.P.11. Además, el día 24 de noviembre de 2010, aproximadamente a las 06:20 horas, personal de Carabineros halló en el interior del domicilio de calle Arturo Prat 246, Pica, 16 gramos de clorhidrato de cocaína, más 84,1 gramos de marihuana prensada, además de 21 paletas o llaves vírgenes para la elaboración de copias de llaves de vehículos motorizados, y una carabina de repetición marca Winchester, calibre .44-40, serie 33114, con su culata recortada, con sus diversas partes y piezas y sus mecanismos en funcionamiento, salvo por la fractura de la aguja percutora, único desperfecto que la hace no apta para el disparo. Tales sustancias, drogas, especies y armamento fueron encontrados específicamente en el dormitorio que era destinado para Milton Santiago Palape Lucas y que éste ocupaba, drogas, especies y armamento que mantenían en el lugar Milton Santiago Palape Lucas, su hermano D.L.A. y su padre H.E.P., sin contar con autorización para el porte de esa arma. La investigación permitió establecer además que Milton Santiago Palape Lucas y Gio-

vani Marcelo Espinoza Jeldes por vía telefónica coordinaron y planificaron el envío de un nuevo cargamento de droga hacia Temuco, para lo cual Milton Palape Lucas contactó también por teléfono, durante los días previos a su detención el día 24 de noviembre de 2010, a sus vendedores de droga en Bolivia, quienes le enviarían mediante correos humanos paquetes con droga que recibiría en Pica, gestión por la cual Espinoza Jeldes viajó a Iquique para coordinarla personalmente, reuniéndose ambos en esta ciudad, siendo también detenido Espinoza Jeldes en Iquique ese mismo día, luego de haber contratado dos personas que llevarían el cargamento hacia Temuco, cargamento por el cual éste ya había enviado el dinero utilizado para el financiamiento y la adquisición de esas drogas en el país vecino y que no recibieron luego de ser detenidos por la policía. El mismo día 24 de noviembre de 2010, la policía halló en poder del imputado Milton Santiago Palape Lucas la suma de \$3.260.000 pesos y US\$250, en el domicilio en que fue sorprendido y detenido, en calle San Isidro 0455, Pica, proveniente de su actividad ilícita, además de mantener allí diversos electrodomésticos y especies adquiridas con la misma fuente de lucro. A su turno, ese día, al ser detenido Álvaro Juvenal Morales Ticona en el domicilio de calle Gaspar Jacinto N°18, población Matilla, comuna de Pica, fueron encontrados en ese lugar, en su poder, 10 rollos de huincha para embalar color café, 33 sobres de papel color blanco, 9 sobres de papel enguinchados con la referida cinta de embalar, 2 de los cuales mantenían en su interior trazas de cocaína, junto con mantener oculto en su poder \$8.798.000 pesos y US\$1.900. Por su parte, ese mismo día 24 de noviembre de 2010, al ser detenido el imputado Álvaro Lucas Cayo en el domicilio de camino vecinal sin número, sector Matilla Bajo, Pica, fue hallado en ese lugar, oculto en su poder, la suma de \$1.700.000, mientras que al ser detenido Jorge Rodrigo Morales Ticona en este mismo domicilio se encontraron sobres de papel enguinchados con cinta adhesiva color café y otros todavía no enguinchados. Además, se encontraron en los referidos domicilios diversos vehículos adquiridos con el producto de esta actividad ilícita”⁶.

Por su parte, el Ministerio Público con el objeto de acreditar los hechos reseñados se valió de diversos medios de prueba, entre ellos fue de capital importancia la testimonial rendida durante las diversas audiencias de juicio, de la cual el Tribunal Oral de Iquique fue extrayendo los diversos elementos que le permitieron formarse la convicción, que conforme a ella los hechos finalmente acreditados configuraron el delito de asociación ilícita para el narcotráfico. De esta forma es menester pasar revista a algunos testimonios y en particular a aquellos de los cuales el tribunal extrajo los presupuestos fácticos necesarios para la configuración del delito de asociación ilícita para cometer el delito de tráfico de drogas.

Así, en el mismo considerando mencionado de la sentencia, el tribunal refiere que del testimonio de Germán Vega Muñoz, oficial de la Sección de Encargo y Búsqueda de Vehículos de Carabineros de Iquique, en adelante SEBV

6 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 9°.

Iquique, se pudo establecer que en el marco de una investigación por robos de vehículos en la región (Tarapacá), se determinó la existencia de una organización compuesta por Milton Palape, como proveedor de la droga, y Giovani Espinoza, adquirente y distribuidor de la misma en Temuco. Que además, en dicha organización participaron Jorge y Álvaro Morales y Álvaro Lucas, los que intervenían en el traslado de la droga a Chile y en algunas oportunidades dos de ellos la llevaron a Temuco, negocio por el que Milton Palape recibió grandes cantidades de dinero que ocultó en su domicilio y en el de sus padres. Añade la sentencia que el testimonio del mentado oficial dio cuenta que en reuniones de coordinación se enteró de un decomiso de 352 gramos de clorhidrato de cocaína en Temuco incautados en poder de un tal Remigio, el que declaró que el alcaloide era de propiedad de Giovani Espinoza Jeldes (descrito anteriormente como adquirente y distribuidor de la droga), lo que se vinculó con una escucha telefónica en la que Milton Palape le pide al Espinoza Jeldes que le cancele lo adeudado por el alcaloide, contestándole Palape Lucas que esperara, ya que la droga fue incautada en Temuco. Lo anterior, permitió estimar al Tribunal que respecto de la organización, al menos se corroboró la existencia de un delito de tráfico de drogas, el que era precisamente su objetivo. Se agregan también como elementos indiciarios obtenidos de la exposición de otro funcionario del SEBV Iquique, Roberto Muñoz Cerda, en el sentido que unido a las declaraciones anteriores permiten presumir que Palape Lucas contaba con bienes y dineros que no guardaban relación con sus ingresos, pues eran ampliamente superiores a aquellos, debiendo por tanto proceder de la organización ilícita cuya existencia comienza a verse refrendada.

De particular interés son los indicios que emanan de los asertos del funcionario de la Brigada Antinarcóticos de la Policía de Investigaciones de Chile, Alan Cortés, en tanto en su declaración éste ilustra al tribunal acerca de antecedentes que fueron obtenidos utilizando la técnica de investigación especialmente regulada en la Ley N°20.000, a saber, las intervenciones telefónicas, las que si bien provenían de la interceptación telefónica practicada en otra investigación y respecto de un tercero, fueron concordantes con la investigación que seguía Carabineros de Chile en cuanto a las actividades de tráfico de drogas, realizadas sobre todo por Palape Lucas y Espinoza Jeldes. En efecto, en el considerando que examinamos el tribunal oral expresa: *“De la declaración del testigo Alán Cortés, al igual que en los casos anteriores emanan indicios que tienen de base las diligencias investigativas practicadas, especialmente las escuchas telefónicas, de los que emana que en el marco de la investigación a un tercero, de apellidos E.V., cuyo procedimiento se mantuvo a su cargo, quedando todo lo relativo a Milton Palape y su grupo en manos de Carabineros, se determinó la existencia de diversas conversaciones entre Milton y otros sujetos, principalmente Jorge Morales, en las que, con términos que no aludían directamente a ello, se referían a transacciones de droga, la que traían de Bolivia, y a intercambios de dinero, verificándose también la existencia de una relación de confianza entre los mismos. Además, se estableció que durante la ocurrencia de varias interceptaciones, Milton Palape Lucas*

*se encontraba en la ciudad de Temuco en la casa de Giovanni Espinoza, lo que además le consta debido a que lo esperaron en el aeropuerto, agregando que corroboraron que el teléfono intervenido lo usaba Palape Lucas luego de quedar detenido en Pozo Almonte*⁷.

Enseguida, el fallo se ocupa del testimonio del funcionario del OS7 de Carabineros de Chile, Sergio Garrido Ovalle, respecto del cual consigue la relación de una serie de antecedentes de apreciable valor, puesto que los mismos se adquirieron a través de la interceptación telefónica de las personas que a la época eran investigadas, entre ellas la del ya condenado Palape Lucas. Es así cómo el tribunal de las afirmaciones del citado policía establece que con la información conseguida de las escuchas telefónicas Palape Lucas y Espinoza Jeldes se comunicaron continuamente durante ese período, incluso en el tiempo que el primero estuvo privado de libertad⁸, aludiendo a situaciones relacionadas con transacciones de “algo”, que si bien no es mencionado con su nombre, no puede tratarse de otra cosa que droga, según deduce el propio tribunal expresándolo así en su fallo, ya que la relacionan con su ingreso desde Bolivia y con los pagos de grandes sumas de dinero, permitiendo esto último precisar el tipo de alcaloide, en este caso clorhidrato de cocaína. Por otra parte, refiere la sentencia que fue producto del mismo testimonio que se acreditó la intervención de Álvaro Lucas Cayo y Jorge Morales Ticona, mencionados en las conversaciones (telefónicas), haciendo presente que respecto de Álvaro Lucas Cayo se verificó que Milton Palape Lucas lo contactó con Giovanni Espinoza Jeldes y fomentó la confianza entre ellos. Que por otra parte, se pudo determinar con vigilancias y filmaciones que ambos (Lucas Cayo y Morales Ticona) viajaron a Temuco, se reunieron con Espinoza Jeldes, permanecieron varios días allí y fueron trasladados por éste último hasta el aeropuerto de dicha ciudad. Se dio cuenta además de la existencia de ciertas transacciones de alcaloide que llegaron a concretarse, algunas en forma total y otras por debajo de lo esperado por los sujetos, y se verificó el envío de sumas de dinero por parte de Giovanni Espinoza Jeldes, a través de una persona denominada como “Patricia”, a Milton Palape Lucas, mediante giros a nombre de un tercero, lo que le permitió deducir al juzgador que, al no existir otros negocios entre los mencionados Palape Lucas y Espinoza Jeldes, se puede concluir que correspondía al pago por la compra de droga. El tribunal también logra desprender de las conversaciones que fueron intervenidas, que Milton Palape Lucas era quien coordinaba las operaciones según los requerimientos de Giovanni Espinoza Jeldes, para lo cual se comunicaba con Álvaro Lucas Cayo, con Jorge

7 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 9°.

8 Según el considerando 9° de la sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, en donde se expone de forma pormenorizada el testimonio del carabinero Sergio Garrido Ovalle, este refiere que Milton Palape Lucas, estuvo recluso en el recinto penitenciario de la comuna de Pozo Almonte entre los días 1° de junio de 2010 y 24 de octubre del mismo año, cumpliendo una condena por el delito de conducción de vehículos en estado de ebriedad.

Morales Ticona y otros sujetos residentes en Bolivia, y que incluso pensaba cambiar el método empleado para el ingreso del alcaloide, en particular en cuanto atañe a las rutas a utilizar en el tránsito entre Chile y Bolivia. Además, del testimonio ya citado: *“se determinó que los días previos al 24 de noviembre de 2010 se esperaba la llegada de droga desde Bolivia, operación que motivó el traslado de Giovani Espinoza a esta ciudad, en compañía de 2 ayudantes, pero que debido a los controles fronterizos, el ingreso del estupefaciente se demoró más de lo proyectado. Finalmente, el testigo vincula las operaciones de este grupo con 352 gramos de clorhidrato de cocaína incautados el 13 de septiembre de 2010 a Remigio Marín en la región de La Araucanía, lo que se concluye a partir de las comunicaciones en que Giovani informa a Milton que debido a lo ocurrido a un tal “Remi”, quien perdió el alcaloide que le habían entregado, no podría cancelarle el total de lo adeudado, quedando pendiente un saldo de \$500.000.-, suma que coincide con la cantidad de droga mencionada”*⁹.

Por su parte, el testimonio del funcionario del OS7 de Carabineros, Francisco Altamirano Faúndez, ratificó que los ya nombrados Palape Lucas, Espinoza Jeldes y Lucas Cayo se reunieron en diversas oportunidades en la ciudad de Iquique, fotografiados en dos oportunidades y que además Palape Lucas retiró, por medio de F.V., uno de los giros de dinero enviados por Espinoza Jeldes. También permitió establecer la vinculación de Jorge Morales Ticona con la organización, el que además de entregar su nombre y datos a una operadora, surge en otras intervenciones telefónicas a propósito del ingreso de “algo” desde Bolivia. Así, se hace referencia a su presencia en dicho país junto a su hermano Álvaro, vinculado a unos sujetos de nacionalidad boliviana que viajaron a nuestro país y que recibieron. Asimismo, se les relaciona con Palape Lucas, toda vez que le efectúan a éste último consultas sobre procedimientos en razón de que Palape Lucas se encontraba privado de libertad.

También, a través de prueba testimonial se logró ratificar que días previos al 24 de noviembre de 2010, esto es, al día en que ocurrieron las detenciones de los acusados, Espinoza Jeldes viajó a la ciudad de Iquique y se reunió con los sujetos que éste trajo desde el sur, al igual que con algunos de los integrantes de la organización que se encontraban en la zona, aportando un antecedente de relevancia consistente en la circunstancia que, con el objeto de no ser descubiertos en sus actividades ilícitas Espinoza Jeldes y Palape Lucas, acordaron cambiar frecuentemente sus teléfonos, todo lo último según los dichos expresados por el funcionario del OS7 de Iquique Hugo Rain Valenzuela.

A su turno, para el esclarecimiento de los hechos que dicen relación con la detención en la comuna de Padre las Casas de Remigio Marín Cid con una cantidad de droga, como se explicará más adelante en la sentencia que comentamos, es antecedente esencial, para aclarar la vinculación de esa droga con

⁹ Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 9°.

el mencionado Espinoza Jeldes y a su vez con Milton Palape Lucas. En este sentido, la Fiscalía presentó ante el tribunal el testimonio del funcionario de la Sección OS7 de Temuco, Raúl Soto Maimai, del cual se pudo extraer por parte del Tribunal que: *“De estos dichos, se corrobora el procedimiento que terminó con la incautación de 352 gramos de clorhidrato de cocaína en poder de Remigio Marín Cid el 13 de septiembre de 2010, situación que se vinculó con Giovanni Espinoza, pues se sabía de su relación con Marín y por encontrarse también en las cercanías del consultorio Pulmahue, pero al no existir en ese momento otros antecedentes derivó en que fuera dejado en libertad. Asimismo, dio cuenta de la citada diligencia en 5 fotografías, exhibidas por el acusador, en las que se aprecian las 2 bolsas con droga incautadas a Remigio Marín Cid; una balanza digital que se encontró en su poder; los \$22.000.- que portaba; y 2 teléfonos celulares que se le incautaron. También intervino en la entrada y registro a los domicilio de Los Onas N°872, de Rucapellán, y de Los Manantiales, lo que se llevó a efecto la mañana del 24 de noviembre de 2010, resultando de relevancia el hallazgo de documentación relativa a viajes y álbumes fotográfico, los que reconoce y en los que aparece Giovanni Espinoza en la zona de Iquique en compañía de Milton Palape, todas ellas fechadas el 8 de octubre de 2008”*¹⁰.

Siguiendo la misma línea argumentativa, de la declaración anterior y ahora con el objeto de esclarecer la vinculación de Espinoza Jeldes con la distribución de droga en la Región de la Araucanía, se incluye en la fundamentación de la sentencia el testimonio de un funcionario de la Brigada Antinarcoóticos de Temuco, Juan Caamañó Toro, con cuya declaración, según refiere el Tribunal, la misma permite *“...confirmar la vinculación de Espinoza Jeldes con la distribución de droga en la región de la Araucanía y la capital, estableciéndose que para ello empleaba a terceras personas, siendo uno de estos Remigio Marín Cid. Además, se probó que entre los años 2008 y 2010 Giovanni Espinoza realizó varios viajes a Iquique vía aérea, lo que necesariamente debe conectarse con los negocios ilícitos que efectuaba con Milton Palape y su grupo”*¹¹.

Finalmente, en el mismo orden de ideas, que concierne al enlace entre la detención en la comuna de Padre las Casas de Remigio Marín Cid y los mencionados Espinoza Jeldes y Palape Lucas, entregó su testimonio el funcionario del OS7 de Temuco, Ricardo Lagos Padilla, pues éste acudió a la Fiscalía Local de Temuco donde presencié la declaración de Marín Cid ante el Fiscal y su defensor, expresiones que para el tribunal *“...resultan fundamentales para establecer la conexión entre el estupefaciente decomisado a Marín Cid con Giovanni Espinoza, quien habría actuado como proveedor, droga que a su vez este obtuvo en la zona norte del país y que conforme a las escuchas referidas*

10 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 9°.

11 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 9°.

en los párrafos anteriores quedó adeudando a Milton Palape debido a lo sucedido con Marín¹².

Por otra parte, como se hizo cargo la sentencia¹³ en lo concerniente a la calificación jurídica de los hechos que el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique tuvo por acreditados y su fundamento, se pudo establecer que como resultado de los allanamientos practicados el día 24 de noviembre de 2010 a diversos domicilios de los miembros de este grupo organizado, que ellos a esa fecha mantenían evidencia relacionada a la actividad ilícita que realizaban, en ese sentido se pudo determinar que poseían ingentes cantidades de dinero. Para ello el tribunal se valió de las deposiciones de los funcionarios que tuvieron participación en dichos allanamientos. Así, tratándose del domicilio donde residía Milton Palape Lucas en la comuna de Pica, el fallo pudo desprender de los asertos del funcionario del SEVB Antofagasta de Carabineros, Jorge Carrillo Causa que: *“...donde residía Milton Palape junto a sus padres, se incautó en los lugares indicados, las siguientes sumas de dinero: \$6.980.000.-, US\$55411.- dólares y \$200.- bolivianos, \$526.000.-, US\$1.200 dólares, \$70.- bolivianos, US\$38300.- \$38.000.000.-, \$7.000.000.-, US234.090.- dólares y \$200.- bolivianos, algunas dentro del inmueble y otras enterradas en el patio, lo que permite concluir que la organización delictiva había obtenido cuantiosas ganancias que aún no sacaban a circulación, dineros que además les permitía adquirir más droga desde Bolivia. Asimismo, se determinó la existencia de una camioneta Nissan Titán burdeos patente CJTB11, la que tenía una de las ruedas delanteras desmontadas; una camioneta Toyota Tundra gris patente BRKC11, también con parte del tren delantero desmontado; un station wagon Mitsubishi Pajero patente ZZ6403, sin motor, ni batería (todos de gran valor económico y costo de mantención); una motocicleta todo terreno marca KTM 450 centímetros cúbicos color naranja, sin la rueda posterior, ni la patente, pero en buen estado (la que avalúa en \$4.000.000.); y una motocicleta de 50 centímetros cúbicos sin patente. Asimismo, en el dormitorio de Milton Palape fue hallado un tarro de metal forrado con cartón corrugado con una sustancia blanquecina y hierba verdosa a granel, que, practicadas las pruebas de campo, se determinó que se trataba de clorhidrato de cocaína y marihuana, con un peso bruto de 16 gramos y 84,1 gramos respectivamente, lo que vuelve a vincular a dicho sujeto con el tráfico de drogas, sustancias respecto de las cuales se establecer su identidad como tales alcaloides al analizar más adelante las pericias químicas respectivas”*¹⁴. En este mismo sentido, se valoraron los testimonios de Enrique Palma Aguilar, perteneciente al SEVB Iquique de Carabineros, respecto del domicilio donde fue detenido Palape Lucas, donde el tribunal también concluye que: *“...dan cuenta de la existencia de elevadas sumas de dinero*

12 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 9°.

13 Cfr. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 11°.

14 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 9°.

*en poder de Milton Palape Lucas y de la realización de un viaje a Temuco, donde residía Giovanni Espinoza, además de diversos bienes, celulares y una libreta con ciertas anotaciones*¹⁵. En la misma orientación, sirvieron los testimonios de los funcionarios del OS7 de Carabineros de Iquique Raúl Aburto Vera y Exequiel Salazar Landeros, mediante los cuales el tribunal pudo: *“ratificar que en el domicilio de otro de los miembros de la organización, Álvaro Morales Ticona, existían grandes cantidades de dinero, en este caso \$8.798.000.- en billetes de distinta denominación y US\$1.900.- dólares, sumas que no se condecían con sus ingresos y nivel de vida. Además, fueron hallados 10 rollos de huincha para embalar, 33 sobres tamaño oficio de color blanco y 9 sobres similares enhuinchados en cinta de embalaje, 2 de los cuales tenían residuos de sustancia blanca con las características del clorhidrato de cocaína, arrojando positivo a la detección de dicho alcaloide, luego de efectuados los narcotest de rigor, circunstancia de la que se desprende la forma en que era trasladada la droga al sur del país, la que si bien no correspondía a la que normalmente se emplea, no quedan dudas respecto de haberse ocupado ese método para los fines señalados, al haberse probado que al interior de 2 sobres confeccionados del modo descrito había restos de cocaína, lo que se verá refrendado más adelante al pronunciarnos sobre los análisis químicos respectivos*¹⁶.

Concluyendo con los testimonios de relevancia que consideró en su sentencia el Tribunal, aparece el del funcionario del OS7 Iquique de Carabineros, Álvaro Martínez Verdugo, el cual a juicio del tribunal *“...aparece fundamental para establecer que en los inmuebles que se hallaban en la propiedad de Camino Vecinal sin número, sector Bajo Matilla, de la comuna de Pica, correspondiente el primero a Jorge Morales Ticona y el segundo a Álvaro Lucas Cayo, pareja de Leslie Morales Ticona, hermana de Jorge, fueron incautados, respectivamente, sumas de \$1.000.000.- y US\$25.- dólares, y \$1.700.000, decomisos correspondientes a cantidades similares a las de los otros allanamientos. Además, en la primera casa se hallaron 5 sobres color blanco con cinta adhesiva café en sus bordes, 5 sobres café, 4 sobres blancos y un sobre blanco enhuinchado en su totalidad con cinta café, además de una maleta con diversos compartimientos cuyo forro interior estaba abierto, lo que coincide con los sobres del mismo tipo que estaban en la casa de Álvaro Morales, estimándose que la maleta referida permitía el ocultamiento de los mismos con el objeto de transportarlos. En cuanto a la agenda Rhein, ésta contenía menciones bajo el rotulo “datos de trabajo” alusivas a grandes suma de dinero, multiplicadas por otros dígitos menores, lo que se relaciona con el valor de la droga y los kilos de la misma, además de repartos de dinero entre Jorge Morales, Álvaro Morales y Álvaro Lucas, apodados “Fósforo”, “Peti” y “Huequi”, y un pago con fecha 22 de noviembre*

15 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 9°.

16 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 9°.

*de 2010, fecha de llegada a la ciudad de Giovani Espinoza, bajo la palabra Temuco, ciudad de la que éste procedía*¹⁷.

Además de la prueba testimonial anteriormente reseñada que fue valorada por el Tribunal Oral, la sentencia también hace referencia a la prueba pericial rendida que permitió al Tribunal tener por acreditado la identidad de las diversas sustancias ilícitas incautadas que fueron en este caso, a saber cocaína y marihuana. Asimismo, el sentenciador hace referencia a la prueba documental y fotográfica rendida durante el juicio brindándole especial relevancia a aquella que dice relación con los envíos de dinero hacia la ciudad de Iquique, así como la relativa a los viajes realizados por los miembros de la banda entre las ciudades de Iquique y Temuco.

Así las cosas, luego de tener presente la prueba rendida durante el juicio por el Ministerio Público y apreciada esta conforme a las reglas establecidas en el artículo 297 del Código Procesal Penal, el Tribunal, en el considerando décimo tuvo por probados y por lo tanto como acreditados los siguientes hechos: *“en virtud de una investigación desarrollada por Carabineros en conjunto con la Fiscalía, se pudo establecer que desde el año 2008 en adelante un grupo de personas localizado entre las comunas de Pica, Pozo Almonte, Alto Hospicio e Iquique, compuesto por Milton Palape Lucas, Jorge y Álvaro Morales Ticono y Álvaro Lucas Cayo, además de un individuo en Temuco, Giovani Espinoza Jeldes, desarrollaron actividades consistentes en ingresar ciertas cantidades de droga desde Bolivia por pasos no habilitados, las que enviaban a Temuco, donde el último de los mencionados la distribuía, obteniendo por este negocio ilícito cuantiosas sumas de dinero que mantenían ocultos en efectivo en sus domicilios o portaban consigo al momento de su aprehensión, además de pequeñas cantidades de alcaloide y los envoltorios en que transportaban el estupefaciente. De esta forma los imputados citados conformaron una asociación con roles y funciones distribuidos entre ellos, correspondiéndole a Milton Palape Lucas coordinar las acciones y contactarse con los proveedores bolivianos, a Jorge Morales Ticono, Álvaro Morales Ticono y Álvaro Lucas Cayo ingresar la droga a Chile y en ocasiones trasladarla a Temuco, y a Giovani Espinoza financiar la adquisición del alcaloide, para luego comercializarlo, manteniéndose en permanente contacto telefónico para estos fines y reuniéndose en algunas oportunidades tanto en Pica, Alto Hospicio, Iquique y Temuco. En el contexto de esta asociación ilícita, el día 13 de septiembre de 2010 se incautó en poder de Remigio Marín Cid la cantidad de 352 gramos de clorhidrato de cocaína, sujeto que fue detenido en el frontis del consultorio Pulmahue de la comuna de Padre Las Casas portando la referida droga y el que en una declaración posterior manifestó que se la había entregado Giovani Espinoza Jeldes en la región de la Araucanía, determinándose que el proveedor originario de la misma era Milton Palape Lucas, pues mediante las escuchas telefónicas se estableció que en una de las conversaciones entre los 2 últimos, Giovani le decía a Milton que el dinero adeudado por ese envío se lo cancelaría con retraso.*

¹⁷ Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 9°.

La investigación también permitió establecer que Milton Palape Lucas y Giovanni Espinoza Jeldes por vía telefónica coordinaron y planificaron el envío de un nuevo cargamento de droga hacia Temuco, para lo cual Milton Palape Lucas contactó por teléfono, durante los días previos a su detención ocurrida el día 24 de noviembre de 2010, a sus vendedores en Bolivia, quienes le enviarían mediante correos humanos paquetes con droga que recibiría en Pica, gestión por la cual Espinoza Jeldes viajó a Iquique para coordinarla personalmente, reuniéndose ambos en esta ciudad, siendo también detenido Espinoza Jeldes en Iquique ese mismo día, luego de haber contratado dos personas que llevarían el cargamento hacia Temuco, operación por la que éste ya había enviado el dinero utilizado para el financiamiento y la adquisición del estupefaciente, operación que no alcanzó a concretarse luego de ser detenidos por la policía¹⁸.

III. Acerca de la calificación jurídica, elementos necesarios para configurar el delito de asociación ilícita para cometer el delito de tráfico de droga y el bien jurídico protegido

Sentados ya los hechos por el Tribunal, el fallo se ocupa en el considerando undécimo de la calificación y su fundamento. De esta manera la sentencia concluye que los hechos descritos recientemente, esto es, en el considerando décimo de la sentencia, son constitutivos de los delitos de asociación ilícita para el narcotráfico y tráfico ilícito de estupefacientes, previstos y sancionados en los artículos 16°, 3° y 1° de la Ley N°20.000, ambos delitos en cuanto a *iter criminis* se refiere, como consumados.

Enseguida, el fallo acomete la tarea de exponer cómo en el caso *sub lite*, se tuvieron por configurados los delitos mencionados. En este sentido, en cuanto concierne al propósito de este comentario sobre los elementos para configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas, la sentencia aborda el análisis en base al texto del artículo 16° de la Ley N°20.000, partiendo de los presupuestos legales al referir que para este delito “...se requiere que un grupo de personas se asocie u organice con el objeto de cometer algunos de los delitos contemplados en el referido cuerpo normativo, adoptando alguna de las formas contempladas en los N°1 y 2 del artículo referido¹⁹”.

A continuación, el Tribunal emprende la faena de extraer del artículo 16° de la Ley N°20.000 cuáles son los requisitos que demanda el tipo penal de asociación ilícita para el narcotráfico. Al respecto se lee sobre este punto en el considerando apuntado que: “Del mencionado artículo 16 de la ley 20.000, se desprende que el tipo penal de asociación ilícita para el narcotráfico requiere, al menos, de la concurrencia de dos condiciones fundamentales, esto es la existencia de

18 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 10°.

19 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 11°.

*una asociación u organización constituida por un grupo de personas, y que aquella tenga como propósito la perpetración de algunos de los ilícitos previstos en la citada ley, en este caso el de tráfico ilícito de estupefacientes*²⁰.

Enseguida, añade la sentencia que en relación a dichas exigencias, según la doctrina y la jurisprudencia se requeriría la concurrencia de los siguientes requisitos.

- a) **Cooperación entre los miembros de grupo**, entendida esta como la existencia de actos de planificación, coordinación y colaboración entre aquellos, los que suponen entre otras cosas de una determinada jerarquía y distribución de funciones, todo esto con el fin de convertirlos en un todo distinto de la individualidad de cada uno de sus integrantes.
- b) **Que dicha cooperación esté orientada a un fin determinado**, constituido en el caso de marras por la realización de uno o más delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, aunque no estén claramente precisados cada uno de ellos.
- c) **Que exista cierta permanencia en el tiempo.**

Respecto de los requisitos o elementos necesarios para la configuración del delito de asociación ilícita para cometer el delito de tráfico de drogas, expresan en sus Lecciones de Derecho Penal, parte especial, Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, que “Aunque en la discusión parlamentaria se eliminó una propuesta de definición de asociación ilícita contemplada en el Proyecto que acompañó al Mensaje de la Ley (Boletín 2439-20), la mayor parte de los elementos que dicha definición contemplaba habían sido señalados previamente por nuestra jurisprudencia, la que para establecer la existencia de una asociación ilícita, y como los propios términos de la ley lo dan a entender, afirma que es necesaria la existencia de una organización más o menos permanente y jerarquizada, con sus jefes y reglas propias, destinada a cometer un número indeterminado de delitos también más o menos indeterminados, en cuanto a su fecha y lugar de realización, supuestos que la distinguen de la mera conspiración o el acuerdo casual para cometer un delito determinado”²¹.

En el mismo orden de ideas, conviene señalar que para la configuración del delito de asociación ilícita para el narcotráfico nuestra jurisprudencia ha ido evolucionando y si bien existe un relativo consenso en cuanto a los elementos centrales del delito, que son básicamente los nombrados en el párrafo anterior, podemos encontrarnos con diversos criterios en cuanto al número de

20 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 11°.

21 POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 598-599.

requisitos exigidos para la adecuación típica dentro del ámbito de la figura del artículo 16° de la Ley N°20.000²².

Es así, que en este contexto, la sentencia en comento obedece a los criterios que tanto doctrinal como jurisprudencialmente se han expuesto en nuestro país. Así, de lo señalado por el tribunal podemos extraer que se recogen dichos elementos al mencionar expresamente la existencia de jerarquía, distribución de funciones, la mencionada cooperación entre los miembros de un grupo, lo que supone el requisito de la existencia de un grupo de personas, que la cooperación de los miembros de ese grupo esté destinada o tenga como fin la comisión de uno de los delitos tipificados en la Ley N°20.000, sin que sea necesario que se precise cada uno de ellos y por último, que exista cierta permanencia en el tiempo²³.

Por otra parte, asentado lo anterior, es necesario mencionar la aclaración, que de inmediato realiza el tribunal en orden a dejar por establecido que a su juicio y siguiendo el razonamiento expresado en la “*sentencia RUC 0901120081-5, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes, sentencia de la cual refuerza la tesis planteada en el fallo comentado en el sentido que no es necesaria la concreción de varios hechos constitutivos de tráfico, pues se trata de delitos autónomos, de modo que sería suficiente el establecimiento, como en el caso de marras, de al menos una de aquellas conductas, estimando incluso que bastaría el sólo hecho de organizarse independiente de la comisión efectiva de los ilícitos*”²⁴.

En efecto, la sentencia citada por el tribunal en su considerando trigésimo quinto, que se refiere a la participación y análisis de cada una de las imputaciones efectuadas a los acusados y refiriéndose en particular al elemento permanencia refiere que: “*No basta entonces una coparticipación pura y simple para un fin específico en tiempo y forma, sino que prolongado, que demuestre conciencia en el acuerdo y la voluntad de perseguir firmemente el fin o plan propuesto. Esto no significa que sea parte de delito de asociación la concreción de varios y sucesivos hechos constitutivos de tráfico, pues se trata de delitos autónomos, pero lógicamente y como es el caso, eso contribuye a esclarecer su finalidad delictiva*”²⁵.

22 En este sentido puede revisarse diversos artículos publicados en la Revista Jurídica del Ministerio Público que han acometido la labor de analizar los elementos de la asociación ilícita como la evolución jurisprudencial, así por citar algunos véase Muñoz, Jorge, Criterios o elementos necesarios para configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas del artículo 16° de la Ley N°20.000, RJMP N°42, pp. 125 y ss.; Gajardo, Tania, Elementos del tipo penal de asociación ilícita del artículo 2982 del Código Penal. Propuesta, análisis doctrinal y jurisprudencial, RJMP N°45, pp. 229 y ss. entre otros.

23 Cfr. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 11°.

24 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 11°.

25 Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes, sentencia RUC 0901120081-5, RIT 14-2011, de trece de enero de dos mil doce, considerando 35°.

Vinculado con lo anteriormente señalado, resulta relevante esbozar brevemente, lo que se ha dicho respecto de la autonomía del delito de asociación ilícita con respecto a los demás delitos cometidos con ocasión de la ejecución de su plan criminal. En este orden de ideas, el Profesor Dr. José Luis Guzmán Dálbora, con razón ha dicho, a propósito del tratamiento que realiza del concurso de delitos en las asociaciones ilícitas, que: “Se ha radicado el fundamento del concurso de delitos en la circunstancia de que el tipo de injusto de la asociación criminal no requiere que sus miembros intervengan en la ejecución del calendario delictuoso, por modo que la simple incorporación al consorcio realizaría el tipo, sin importar que el afiliado se abstenga de tomar parte en la materialización de los planes de aquel; y de ello –es natural– despréndese que todo hecho delictivo da lugar a una hipótesis de concurso de delitos.

Dígalo o no la ley, es decir consagre o no una disposición que afirme explícitamente el concurso de delitos, es la anterior una derivación de la autonomía técnica y la independencia de la objetividad jurídica de la asociación criminal respecto de los delitos comprendidos en su objeto social”²⁶.

Sobre la cuestión de la autonomía el Dr. Juan Pablo Mañalich en su artículo “Organización delictiva, bases para su elaboración dogmática en el Derecho Penal chileno” refiriéndose a la autonomía de injusto de la asociación ilícita nos refiere que: “Así el injusto de la asociación ilícita no se presenta en modo alguno como un injusto dependiente de algún determinado hecho delictivo futuro a ser ejecutado por sus miembros. Ciertamente, lo que confiere carácter delictivo a la sola organización consiste en una agenda delictiva, en el sentido de que el objeto mismo (o “giro”) de la asociación ha de ser la perpetración de hechos delictivos de determinadas características, lo cual hace posible, por lo demás, clasificar las distintas variantes de asociación ilícita: el delito base tipificado en los arts. 290 y siguientes del Código Penal, exige que el objeto de la asociación consista en la perpetración de hechos constitutivos de crímenes o simples delitos; las formas especiales, como la asociación ilícita terrorista, la asociación ilícita para el tráfico de estupefacientes, o la asociación ilícita para el lavado de dinero, que el objeto consista en la perpetración de hechos adscritos a un específico ámbito delictivo. Pero nada de ello obsta a la consideración de que el injusto específico de la asociación ilícita se encuentra configurado de modo plenamente autónomo respecto del injusto específico de los eventuales delitos múltiples cuya perpetración constituye el objeto de la asociación”²⁷.

Añade la sentencia que: “*se hace necesario distinguir la asociación ilícita de la conspiración, la que constituye la primera etapa del iter criminis en que se acuerda cometer un delito, a diferencia la asociación que, como expone el profesor Francisco*

26 Guzmán Dálbora, José Luis, Estudios y Defensas Penales, Editorial Lexis Nexis, segunda edición, Santiago, 2007, pp. 161-162.

27 Mañalich, Juan Pablo, Organización Delictiva, Bases para su elaboración dogmática en el Derecho Penal chileno, Revista Chilena de Derecho, Vol. 38 N°2, p. 293.

Grisolía en su artículo “El Delito de Asociación Ilícita” publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia (Vol.31 N°1, pags. 75-88 2004)²⁸, “termina por separarse netamente de los delitos singulares que constituyen su propósito”²⁹.

Pasando a otro orden de ideas, la sentencia, también en el considerando undécimo que se refiere a la calificación jurídica y su fundamento, se ocupa de cuál es el bien jurídico protegido por el delito de asociación ilícita. De esta manera el fallo expresa: *“Respecto del bien jurídico protegido, se estima por los sentenciadores que se trataría de un delito de peligro abstracto en perjuicio del orden social y un abuso del derecho de reunión, establecido precisamente para sancionar conductas destinadas a cometer ciertos delitos, específicamente los contemplados en la ley 20.000. Por lo anterior, no se comparte la opinión de que el ilícito en cuestión no contemple un bien jurídico propio, distinto de la figura prevista en el artículo 292 del Código Penal, que para algunos protege el poder del estado en sí mismo, circunstancia de la que se desprende que la entidad de la organización u asociación criminal no precisa poner en riesgo a aquél como guardián del bien social”³⁰.*

En esta parte el Tribunal hace suya la tesis que sobre el bien jurídico protegido defiende Francisco Grisolía en el ya mencionado artículo “El delito de asociación Ilícita”, en el cual expone que: “Toda vez que entre nosotros este delito se encuentra situado en aquellos contra el orden y la seguridad públicos, pero, al mismo tiempo, como hemos visto, afecta también el derecho constitucional por su ejercicio abusivo, no cabe duda que el delito de asociación ilícita es un delito pluriofensivo que afecta tanto el orden social del Estado como el regular ejercicio de la libertad de asociación.

Debe advertirse, eso sí, que éstos bienes jurídicos se lesionan por el mero hecho de organizarse la asociación (delito formal o de mera actividad). No obstante, los delitos concretos que a través de ella se cometan tienen su propia objetividad (delitos contra las personas, contra el patrimonio, etc.) de modo que la actividad criminosa de la asociación debe plasmarse necesariamente en delitos concretos y específicos y no en meras actividades genéricas en contra del orden social o de las buenas costumbres³¹.

28 Grisolía, Francisco, El Delito de Asociación Ilícita, Revista Chilena de Derecho, Vol. 31 N°1, pp. 75-76. En efecto el mencionado artículo del profesor Grisolía señala que: “La conspiración es una fase preliminar del iter criminis que se construye sobre un delito determinado y es excepcionalmente sancionada por la ley (Art. 8. C.P.); en cambio, a diferencia del simple acuerdo para cometer un delito, que constituye una primera etapa del iter criminis, con la intención de los participantes que debe desembocar en el delito previsto, la asociación, como entidad criminosa, termina por separarse netamente de los singulares delitos que constituyen su propósito, como la constitución de una sociedad es cosa distinta de los actos singulares que forman el programa social”.

29 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 11°.

30 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 11°.

31 GRISOLÍA, FRANCISCO, ob. cit., pp. 79-80.

Así razona la sentencia que: “*Todos los requisitos señalados como también la afectación al bien jurídico protegido, han resultado acreditados, a juicios de estos sentenciadores, con la prueba analizada en el razonamiento séptimo...*”³².

Finalmente, el examen de la participación en el delito de asociación ilícita para el narcotráfico es abordado en el motivo duodécimo del fallo en donde se señala que respecto de Milton Palape Lucas y Giovani Espinoza Jeldes les corresponde “*...una intervención en los términos del N°1 de la citada norma, por haber ejercido labores de planificación el primero y como financista el segundo. En efecto, de la prueba vertida durante la audiencia de Juicio Oral, principalmente las escuchas telefónicas, se desprende que Palape Lucas coordinaba la realización de las actividades ilegales, comunicándose tanto con los proveedores del alcaloide en Bolivia, como con los sujetos que lo traerían a este país y lo trasladarían a Temuco, manteniendo su control hasta el momento en que se le pagaba el dinero que cobraba para el mismo, comunicándose permanentemente con todos los miembros del grupo criminal. Por su parte, de los mismos medios probatorios emana que Giovani Espinoza cancelaba con su dinero los envíos de droga, a través de giros o trayéndolo personalmente o a través de terceras personas a Iquique*”³³.

A su turno, la sentencia respecto de Jorge Morales Ticona, Álvaro Morales Ticona y Álvaro Lucas Cayo, señala que se les sancionará “*...conforme al N°2 del artículo 16 de la ley 20.000, consistente en haber colaborado de cualquier forma con la consecución de los fines de la organización, pues conforme a las mencionadas escuchas se estableció el contacto de Jorge Morales Ticona y Álvaro Lucas Cayo con Milton Palape para los efectos de traer la droga a la zona, el que a su vez los coordinó con Giovani Espinoza, viajando ambos en una oportunidad a Temuco a reunirse con éste, oportunidad en que fueron filmados, desprendiéndose también de las conversaciones que a ambos los ayudaba en su labor el hermano del primero, Álvaro Morales Ticona*”³⁴.

Antes de finalizar el comentario de la sentencia que en esta oportunidad abordamos, a modo de conclusión, juzgamos trascendente mencionar que la presente sentencia es la primera, en la jurisdicción que comprende la Primera Región de Tarapacá, en que se obtiene condena desde que comenzara a regir la reforma procesal penal en esta región del país. De otro lado, la misma es un reflejo de la relevancia que tiene la persecución de la criminalidad organizada en materia de tráfico ilícito de drogas y cómo nuestros tribunales han ido abordando esta tarea. En efecto, podemos observar en la sentencia, que luego de haber realizado un análisis pormenorizado de la prueba rendida por el Ministerio Público durante el juicio oral, ésta, luego de la debida pondera-

32 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 11°.

33 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 12°.

34 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 0900779280-5, RIT 33-2011, de primero de febrero de dos mil doce, considerando 12°.

ción de la misma, arribó a una decisión condenatoria, la que si bien absolvió a algunos de los acusados por el delito que nos ocupa, lo cierto es que respecto de aquellos en que fue condenatorio, lo fundó en una revisión exhaustiva de las numerosas probanzas aportadas por la Fiscalía, las que dieron cuenta de un proceso investigativo llevado en conjunto con las policías utilizando diversas técnicas de investigación, siendo de fundamental relevancia para fundar su fallo las diversas escuchas telefónicas que permitieron ir llenando de contenido cada una de las proposiciones fácticas que el Ministerio Público plasmó en su acusación. Así las cosas, una vez asentados los hechos por parte del Tribunal, la valoración de la prueba realizada llevó a que el Tribunal diera por acreditados los requisitos suficientes para tener por configurado el delito de asociación ilícita para el narcotráfico, todo ello conforme a la doctrina vigente en la materia y al desarrollo jurisprudencial que se ha ido desarrollando a nivel nacional. Estas consideraciones son de capital relevancia a la hora de evaluar la persecución penal en las zonas fronterizas del país, pues este fallo es una demostración de que el sistema de justicia criminal en su conjunto es capaz de hacerse cargo, bajo el imperio de la ley y respetando los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, del fenómeno de la criminalidad organizada, sobre todo en aquellos casos como el que comentamos, en donde el referido fenómeno deviene en transnacional.

NUEVO RÉGIMEN DE SUSTITUCIÓN DE PENAS

Tomás Ramírez Hermosilla¹

I. Introducción

Durante el año 2012 se han dictado una serie de leyes tendientes a disminuir el hacinamiento carcelario, estableciendo modos alternativos de cumplimiento de penas y un indulto general. Algunas de estas normas se refieren directamente a materias propias de la Ley 20.000 y otras limitan las posibilidades de aplicación de estas medidas para ciertos delitos de dicha ley.

Este nuevo régimen resulta novedoso por el tipo de penas que establece y al mismo tiempo por las dificultades en su sistematización, que probablemente generen discusiones en tribunales a propósito de su aplicación práctica.

A continuación se analizará este nuevo régimen de sustitución de penas, especialmente el establecido por la Ley 20.603, que modifica la Ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, publicada el 27 de junio de 2012, además de la Ley 20.587, que “Modifica el régimen de libertad condicional y establece, en caso de multa, la pena alternativa de trabajos comunitarios”, publicada el 8 de junio, y se realizarán algunas referencias, en lo que resulte pertinente, a la 20.588, sobre “Indulto general”, publicada el 1° de junio, en la medida que se vinculen a la primera.

II. Sistema de sustitución de penas

1. Aspectos generales

Con las modificaciones introducidas por la Ley N°20.603, la Ley 18.216 ya no trata sobre “medidas” alternativas sino “penas sustitutivas” a las penas privativas o restrictivas de libertad. Por tanto, no es un beneficio alternativo en virtud del cual se suspende la ejecución de la pena sino una sustitución de una pena por otra de naturaleza diversa.

Siguiendo la lógica anterior, la “remisión condicional de la pena” pasó a ser “remisión condicional”; la “reclusión nocturna” se contempla ahora en la “reclusión parcial”, la libertad vigilada se divide en “libertad vigilada” y “libertad vigilada intensiva”, y se incluyen dos penas nuevas: expulsión y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

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

Por otra parte, también contempla la posibilidad de reemplazar la pena sustitutiva por otra de menor intensidad y la aplicación de una “pena mixta”, que consiste en interrumpir una pena privativa de libertad reemplazándola por la libertad vigilada intensiva.

En cuanto su denominación como “pena”, durante la tramitación del proyecto de ley, el profesor Raúl Tavolari expresó sus reparos, y sostuvo que “[s]ería conveniente analizar la posibilidad de reemplazar la denominación de pena sustitutiva, que puede generar ciertas complejidades, por la noción de ejecución sustitutiva”². Con matices, la denominación también fue cuestionada por los diputados Burgos y Harboe. Los representantes del Ejecutivo la justificaron “en atención a que tales medidas desde el momento que sustituyen penas privativas o restrictivas de libertad por otras restricciones, tendrían también el carácter de penas y no de medidas o beneficios, pareciendo conveniente así precisarlo”, por lo que era necesario “revertir la percepción de la ciudadanía, la que entiende que si una persona es condenada por un delito importante y no cumple su pena en un recinto penitenciario, es porque ha accedido a un beneficio”. Para el ejecutivo “lo que se quiere transmitir es que efectivamente el penado está recibiendo un castigo aunque de características diferentes a la privación de libertad”. Finalmente, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia aprobó la propuesta del Ejecutivo³.

Mención aparte se debe realizar respecto de la Ley 20.587. Establece la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad como vía de conversión de la multa, y regula el procedimiento para su aplicación. Pero además, al modificar el artículo 52 de la Ley 20.000 establece una pena adicional: la asistencia obligatoria a programas de prevención, de tratamiento o rehabilitación, con lo que la problemática sobre su denominación de “pena” se mantiene. Por razones prácticas su análisis se realizará de manera separada, por lo que las referencias en adelante serán a la Ley 20.603.

2. Límites a su aplicación

La sustitución de la pena no procede tratándose de los autores de los delitos consumados de secuestro en sus supuestos agravados⁴, sustracción de meno-

2 Historia de la Ley N°20.603, p. 89. Las referencias a la Historia de la Ley se hacen al texto preparado por la Biblioteca del Congreso Nacional, en que se reúnen todos los documentos de su tramitación, disponible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada_ulp [vista el 23 de julio de 2012].

3 Ídem.

4 Artículo 141, incisos tercero, cuarto y quinto: Si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Si en cualesquiera de los casos anteriores, el encierro o la detención se prolongare por más de quince días o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en su grado medio a máximo.

res⁵, violación⁶, violación impropia⁷, violación con homicidio⁸, parricidio⁹, homicidio calificado¹⁰, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado una eximente incompleta como atenuante.

Se establece una regla especial respecto del delito de robo con intimidación¹¹, ya que no es aplicable la sustitución de la pena a quienes hubiesen sido condenados previamente por el mismo delito o por robo con intimidación calificado¹², robo por sorpresa¹³ o robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación¹⁴.

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.

- 5 Art. 142. La sustracción de un menor de 18 años será castigada:
 - 1.- Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si se ejecutare para obtener un rescate, imponer exigencias, arrancar decisiones o si resultare un grave daño en la persona del menor.
 - 2.- Con presidio mayor en su grado medio a máximo en los demás casos.

Si con motivo u ocasión de la sustracción se cometiere alguno de los delitos indicados en el inciso final del artículo anterior, se aplicará la pena que en él se señala.
- 6 Art. 361. La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes: 1° Cuando se usa de fuerza o intimidación. 2° Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse. 3° Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.
- 7 Art. 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurre circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.
- 8 Artículo 372 bis.- El que, con ocasión de violación, cometiere además homicidio en la persona de la víctima, será castigado con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado.
- 9 Art. 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio.
- 10 Art. 391. El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado:
 - 1° Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes: Primera. Con alevosía. Segunda. Por premio o promesa remuneratoria. Tercera. Por medio de veneno. Cuarta. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido. Quinta. Con premeditación conocida.
- 11 Artículo 436, inciso primero, no se refiere genéricamente, lo que habría incluido el robo con violencia calificado del artículo 433.
- 12 Artículo 433.
- 13 Artículo 436 inciso 2°.
- 14 Artículo 440.

En relación con los delitos de drogas, la sustitución de penas no es aplicable a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por crímenes o simples delitos de la Ley 20.000¹⁵ en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida su cooperación eficaz.

Pero aun en el supuesto de la excepción anterior, no es aplicable la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad para dichos condenados.

Por último, la ley no es aplicable a los menores de edad que hayan sido condenados de conformidad con la Ley 20.084, sobre responsabilidad de los adolescentes¹⁶.

Un punto relevante es que, para los efectos de la Ley 18.216 no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito.

3. Procedimiento de aplicación

3.1 Competencia

En cuanto a la competencia, rigen las normas generales del Código Orgánico de Tribunales y del Código Procesal Penal. Excepcionalmente “el tribunal que conozca o deba conocer de la ejecución de una pena sustitutiva podrá declararse incompetente, a fin de que conozca del asunto el juzgado de garantía del lugar en que deba cumplirse dicha pena, cuando exista una distancia considerable entre el lugar donde se dictó la sentencia condenatoria y el de su ejecución”¹⁷.

3.2 Resolución sobre la sustitución

La decisión relativa a la sustitución tiene algunas características especiales¹⁸: (i) se expresa en la sentencia condenatoria¹⁹, (ii) debe ser fundada, tanto si se acoge como si se rechaza, (iii) se deben expresar también los antecedentes que la fundan, (iv) puede imponerse de oficio o a petición de parte, y (v) “tratándose de delitos de acción privada o de acción penal pública previa instancia particular, el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal deberá citar a la víctima o a quien la represente, a la audiencia” de determinación de

15 Y sus antecesores N°19.366 y 18.403.

16 Artículo 40.

17 Artículo 36.

18 Artículo 35.

19 Salvo en el caso de la sustitución de la pena por vía de la pena mixta.

la pena²⁰, para debatir sobre la procedencia de aplicar cualquiera de las penas sustitutivas.

Una vez que se encuentre firme y ejecutoriada la concesión de la sustitución, el tribunal dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes deberá informar a Gendarmería respecto de la imposición. El condenado deberá presentarse a Gendarmería dentro del plazo de cinco días, y si no se presenta dentro de ese plazo a cumplirla, “dicho organismo informará al tribunal de tal situación. Con el mérito de esta comunicación, el juez podrá despachar inmediatamente una orden de detención”²¹.

3.3 Recursos

Para recurrir contra la resolución acerca de la concesión, denegación, revocación, sustitución, reemplazo, reducción, intensificación y término anticipado de las penas sustitutivas, se debe apelar.

Cuando la resolución esté contenida formalmente en la sentencia definitiva el plazo de interposición es de cinco días desde su notificación. Si se deduce recurso de nulidad, la apelación se debe interponer conjuntamente con éste, “en carácter de subsidiario y para el caso en que el fallo del o de los recursos de nulidad no altere la decisión del tribunal a quo relativa a la concesión o denegación de la pena sustitutiva”²².

Si se recurrió de nulidad, el tribunal a quo se debe pronunciar sobre la admisibilidad de la apelación, “pero sólo lo concederá una vez ejecutoriada la sentencia definitiva condenatoria y únicamente para el evento de que la resolución sobre el o los recursos de nulidad no altere la decisión del tribunal a quo respecto de la concesión o denegación de la pena sustitutiva”²³. En caso contrario, se tendrá por no interpuesto.

4. Efectos²⁴

En virtud de la imposición de la pena sustitutiva, se omitirán en los certificados de antecedentes las anotaciones a que da lugar la sentencia condenatoria y se eliminarán definitivamente en caso del cumplimiento satisfactorio de la pena sustitutiva. Lo anterior sólo es aplicable respecto de quienes no hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito.

La eliminación de estos antecedentes prontuarios se efectuará para todos los efectos legales y administrativos, salvo respecto de “los certificados que

20 Artículo 343 del Código Procesal Penal.

21 Artículo 24.

22 Artículo 37.

23 Artículo 37.

24 Artículo 38.

se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile, y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal²⁵.

III. Penas sustitutivas

1. Remisión condicional

De conformidad con el marco general indicado previamente, la remisión condicional ya no es una suspensión sino una sustitución del cumplimiento de la pena, consistente en “la discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo”, condición genérica que es idéntica a la anterior²⁶.

Los supuestos en que puede decretarse se mantienen²⁷, con dos salvedades. Primero, no se consideran las penas por crimen o simple delito cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito. Segundo, no procede su aplicación, si el sentenciado fuere condenado por:

- a) Microtráfico²⁸,
- b) Manejo en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas causando lesiones graves, menos graves, las indicadas en el artículo 397 N°1 del Código Penal o la muerte de una o más personas²⁹,
- c) Amenazas, parricidio, homicidio calificado, homicidio o lesiones en contexto de violencia intrafamiliar³⁰, o
- d) Estupro, delitos de acción o significación sexual, producción de material pornográfico, promoción o facilitación de prostitución infantil, la figura del “cliente” y la promoción o facilitación de la entrada o salida del país para el ejercicio de la prostitución³¹.

25 Artículo 38 inciso final.

26 Artículo 3°.

27 a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia no excediere de tres años; b) Si el penado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. c) Si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren presumir que no volverá a delinquir, y d) Si las circunstancias indicadas en las letras b) y c) precedentes hicieren innecesaria una intervención o la ejecución efectiva de la pena.

28 Artículo 4° de la Ley N°20.000.

29 Incisos segundo y tercero del artículo 196 del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2009, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito.

30 Artículos 296, 297, 390, 391, 395, 396, 397, 398 o 399 del Código Penal.

31 Artículos 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter y 411 ter del Código Penal.

En su aplicación el plazo de observación se mantiene: no inferior al de la duración de la pena, con un mínimo de un año y un máximo de tres. Las condiciones de residencia, sujeción al control administrativo y asistencia de Gendarmería, y el ejercicio de una ocupación se mantienen con algunos cambios menores³², suprimiéndose la condición “satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia”³³.

2. Reclusión parcial

La reclusión nocturna pasa a ser reclusión parcial, manteniéndose la cantidad de horas semanales³⁴, pero se amplía en diversos sentidos. En primer lugar, el encierro que antes sólo podía realizarse en establecimientos especiales ahora también se podrá efectuar en el domicilio del condenado. En segundo lugar, esta puede ser:

- a) Diurna: encierro en el domicilio del condenado, durante un lapso de ocho horas diarias y continuas, entre las ocho y las veintidós horas;
- b) Nocturna: encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente.
- c) De fin de semana: encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, entre las veintidós horas del día viernes y las seis horas del día lunes siguiente.

Para los efectos de determinar la forma de cumplimiento, el juez debe preferir su ejecución en el domicilio del condenado, estableciendo como mecanismo de control de la misma el sistema de monitoreo telemático, salvo que Gendarmería de Chile informe desfavorablemente la factibilidad técnica de su imposición. En tal caso, entendido como excepcional, se podrán decretar otros mecanismos de control similares.

En cuanto a los requisitos para imponer la reclusión parcial³⁵:

- a) Se mantiene el rango de la pena impuesta (que no exceda tres años).

32 Artículo 5°: “a) Residencia en un lugar determinado, que podrá ser propuesto por el condenado. Éste podrá ser cambiado, en casos especiales, según la calificación efectuada por Gendarmería de Chile; b) Sujeción al control administrativo y a la asistencia de Gendarmería de Chile, en la forma que precisará el reglamento. Dicho servicio recabará anualmente, al efecto, un certificado de antecedentes prontuarios, y c) Ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado careciere de medios conocidos y honestos de subsistencia y no poseyere la calidad de estudiante”.

33 Antiguo artículo 5° d).

34 La reclusión nocturna duraba desde las 22 horas de cada día hasta las 6 horas del día siguiente, y la reclusión parcial dura cincuenta y seis horas semanales. La diferencia es la forma de distribuir las.

35 Artículo 8°.

- b) Se mantiene el requisito de no haber sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, o lo hubiese sido a una pena privativa o restrictiva de libertad que no excediere de dos años, o a más de una, siempre que en total no superaren de dicho límite.
- c) Sin embargo, no procede su aplicación si dentro de los diez o cinco años anteriores, según corresponda, a la comisión del nuevo crimen o simple delito, le hubieren sido impuestas dos reclusiones parciales.
- d) En cuanto a los antecedentes a tener en cuenta para imponerla, ahora se requiere presentar “antecedentes laborales, educacionales o de otra naturaleza similar que justificaren la pena”³⁶.

Finalmente, la conversión de la pena inicialmente impuesta ya no se realiza bajo la modalidad de una noche cada día de privación o restricción de libertad sino por ocho horas continuas de reclusión parcial³⁷.

3. Libertad vigilada

El párrafo 1° del Título II se la ley dejó de llamarse “De los requisitos y condiciones” y pasó a denominarse de la misma manera que el Título: “De la libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva”.

Los cambios en sus definiciones son los siguientes:

Texto anterior	Texto actual	
La libertad vigilada consiste en someter al condenado a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado ³⁸ .	La libertad vigilada consiste en someter al penado a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su reinserción social a través de una intervención individualizada, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado ³⁹ .	La libertad vigilada intensiva consiste en la sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales ⁴⁰ .

36 Artículo 8° letra c).

37 Artículo 9.

38 Artículo 14 original.

39 Artículo 14 inciso 1°.

40 Artículo 14 inciso 2°.

3.1 Requisitos comunes⁴¹

Se mantiene la exigencia en orden de que el penado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y respecto de los antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, se mantiene el texto en lo sustancial, cambiando algunos términos de acuerdo con las modificaciones generales establecidas por la Ley 20.603⁴².

3.2 Requisitos específicos

En el texto anterior al marco de la pena impuesta era entre dos y cinco años. Con la modificación los tramos se dividen de la siguiente manera:

Libertad vigilada (simple)⁴³	Libertad vigilada intensiva⁴⁴
a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia fuere superior a dos años y no excediere de tres, o b) Si fuere superior a quinientos cuarenta días y no excediere de tres años y se tratase del delito de microtráfico ⁴⁵ , o manejo en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas causando lesiones graves, menos graves, las indicadas en el artículo 397 N°1 del Código Penal o la muerte de una o más personas ⁴⁶ .	a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia fuere superior a tres años y no excediere de cinco, o b) Si fuere superior a quinientos cuarenta días y no excediere de cinco años si se tratase de alguno de amenazas, parricidio, homicidio calificado, homicidio o lesiones en contexto de violencia intrafamiliar ⁴⁷ , o estupro, delitos de acción o significación sexual, producción de material pornográfico, promoción o facilitación de prostitución infantil, la figura del “cliente” de servicios sexuales de menores púberes y la promoción o facilitación de la entrada o salida del país para el ejercicio de la prostitución ⁴⁸ .

41 Artículo 15 inciso 2°.

42 Artículo 15 inciso segundo “[...] 2.- Que los antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren concluir que una intervención individualizada de conformidad al artículo 16 de esta ley, parece eficaz en el caso específico, para su efectiva reinserción social”.

43 Artículo 15 inciso 1°.

44 Artículo 15 bis.

45 Artículo 4° de la Ley N°20.000.

46 Incisos segundo y tercero del artículo 196 del Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2009, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito.

47 Artículos 296, 297, 390, 391, 395, 396, 397, 398 o 399 del Código Penal.

48 Artículos 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter y 411 ter del Código Penal.

Como puede observarse, los delitos contemplados en ambas letras b) son los mismos respecto de los cuales no es posible aplicar la remisión condicional.

3.3 Condiciones comunes

Las tres primeras condiciones para conceder la libertad vigilada se mantienen (con algunos cambios menores en su redacción): la residencia en un lugar determinado, sujeción a la vigilancia y orientación de un delegado y el ejercicio de una actividad remunerada⁴⁹.

Sin embargo, ya no son necesarias las condiciones de las letras d) y e), es decir, la “satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia” y la “reparación, si procediere, en proporción racional, de los daños causados por el delito”, al igual que en la remisión condicional.

Si el condenado presenta un consumo problemático de drogas o alcohol, además de las condiciones comunes “el tribunal deberá imponerle, en la misma sentencia, la obligación de asistir a programas de tratamiento de rehabilitación de dichas sustancias”⁵⁰. En este caso, la internación no podrá ser superior al total del tiempo de la pena sustitutiva.

3.4 Condiciones especiales de la libertad vigilada intensiva

En el caso de la libertad vigilada intensiva deberán decretarse, además, una o más de las siguientes condiciones:

- a) Prohibición de acudir a determinados lugares;
- b) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a sus familiares u otras personas que determine el tribunal, o de comunicarse con ellos;
- c) Obligación de mantenerse en el domicilio o lugar que determine el juez, durante un lapso máximo de ocho horas diarias, las que deberán ser continuas, y

49 “Artículo 17.- Al decretar la pena sustitutiva de libertad vigilada o de libertad vigilada intensiva, el tribunal impondrá al condenado las siguientes condiciones:

- a) Residencia en un lugar determinado, el que podrá ser propuesto por el condenado, debiendo, en todo caso, corresponder a una ciudad en que preste funciones un delegado de libertad vigilada o de libertad vigilada intensiva. La residencia podrá ser cambiada en casos especiales calificados por el tribunal y previo informe del delegado respectivo;
- b) Sujeción a la vigilancia y orientación permanentes de un delegado por el período fijado, debiendo el condenado cumplir todas las normas de conducta y las instrucciones que aquél imparta respecto a educación, trabajo, morada, cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo libre y cualquiera otra que sea pertinente para una eficaz intervención individualizada, y
- c) Ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, bajo las modalidades que se determinen en el plan de intervención individual, si el condenado careciere de medios conocidos y honestos de subsistencia y no poseyere la calidad de estudiante”.

50 Artículo 17 bis.

- d) Obligación de cumplir programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de tratamiento de la violencia u otros similares”⁵¹.

3.5 Presentación de los antecedentes

Los antecedentes que fundan la solicitud de sustitución de pena pueden ser aportados:

- a) Antes del pronunciamiento de la sentencia;
- b) En la audiencia de determinación de la pena⁵²;
- c) Excepcionalmente, el juez puede solicitar informe a Gendarmería de Chile, pudiendo suspender la determinación de la pena dentro del plazo para la redacción de la sentencia⁵³.

En el caso de la libertad asistida que incluya un tratamiento por consumo problemático de drogas o alcohol, durante la investigación “los intervinientes podrán solicitar al tribunal que decrete la obligación del imputado de asistir a una evaluación por un médico calificado por el Servicio de Salud correspondiente para determinar si éste presenta o no consumo problemático de drogas o alcohol” y el juez “accederá a lo solicitado si existieren antecedentes que permitan presumir dicho consumo problemático”⁵⁴.

4) Expulsión

Además de las penas anteriores, la ley establece una “regla especial aplicable a los extranjeros”⁵⁵ que no residen legalmente en el país, consistente en su expulsión del territorio nacional si han sido condenados a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo.

En cuanto a su tramitación, se debe citar al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a fin de ser oído en la audiencia en que se discuta este tipo de sustitución de pena. En caso de ordenarse la expulsión, debe oficiarse al Departamento de Extranjería de ese Ministerio “para efectos de que lleve a cabo la implementación de esta pena y se ordenará la internación del condenado hasta la ejecución de la misma”⁵⁶.

En virtud de la expulsión, el condenado no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, desde la sustitución. En caso que incumpla esta

51 Artículo 17 ter.

52 Artículo 343 del Código Procesal Penal.

53 Artículo 344 del Código Procesal Penal.

54 Artículo 17 bis.

55 Artículo 34.

56 Ídem.

norma, se revocará la pena de expulsión, debiendo cumplirse el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.

La fórmula es similar a la establecida en la Ley 20.588, de fecha 1° de junio de 2012, que estableció un indulto general, en una de sus modalidades⁵⁷: se concede indulto general “consistente en la conmutación del saldo de la o las penas privativas de libertad que les restan por cumplir y las multas, por la pena de extrañamiento especial en su país de origen, a los extranjeros que, a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, se encuentren privados de libertad en virtud de una condena por sentencia ejecutoriada”.

Las condiciones para acceder son: a) Que no hayan contado, al momento de cometer el delito por el cual se encuentran cumpliendo condena privativa de libertad, con el permiso de permanencia definitiva a que se refiere el artículo 41 del Decreto Ley N°1.094, de 1975; b) Que tengan cumplida: un tercio de la pena, si se tratare de una pena privativa de libertad no superior a cinco años; la mitad de la pena, si se tratare de una pena privativa de libertad superior a cinco años e igual o inferior a diez años; o tres cuartas partes de la pena, si se tratare de una pena privativa de libertad superior a diez años⁵⁸; y c) Que eleven la solicitud de indulto dentro de un plazo máximo de treinta días contado desde la entrada en vigencia de esta ley.

Al igual que en la expulsión, este “extrañamiento especial” implica que está prohibido el ingreso al país del beneficiado por un período de diez años, contado desde su salida del territorio nacional y en caso que el condenado regresare al país dentro del plazo señalado en el inciso anterior, deberá cumplir el saldo de la pena privativa de libertad que se le hubiese conmutado.

5) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad

Esta pena sustitutiva consiste en la “realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad”⁵⁹, trabajo que será facilitado por Gendarmería de Chile. Como se verá más adelante, en virtud de la Ley 20.587 se estableció un régimen común

57 Artículo 5°.

58 Este indulto no se aplica a condenados a la pena de presidio perpetuo y presidio perpetuo calificado. Se debe tener presente que, de acuerdo con el artículo 6° de esta ley, “No procederán los indultos contemplados en esta ley respecto de los condenados por los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142; 361; 372 bis; 390 y 391, números 1° y 2°, del Código Penal; en los Párrafos 5, 6, 7 y 8 del Título VII del Libro II, cuando las víctimas fueren menores de edad; en el Párrafo 5 bis del Título VIII del Libro II, y en los artículos 433, 436 y 440 del mismo Código, ni respecto de los condenados por crímenes o simples delitos tipificados en la Ley N°19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos”.

59 Artículo 10. Para regular esta pena se intercaló el párrafo 3° (pasando el original a ser Párrafo 4°).

de sustitución de la multa en el Código Penal y uno especial respecto de las faltas de la Ley 20.000.

Para conceder la sustitución:

- a) la pena impuesta debe ser igual o inferior a trescientos días;
- b) deben existir “antecedentes laborales, educacionales o de otra naturaleza similar que justificaren la pena, o si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren presumir que la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos”; y
- c) debe concurrir la voluntad del condenado de someterse a esta pena.

La prestación de servicios procederá por una sola vez y únicamente para el caso en que los antecedentes penales anteriores del condenado hicieren improcedente la aplicación de las demás penas sustitutivas establecidas en la presente ley.

Su duración⁶⁰ se determina “considerando cuarenta horas de trabajo comunitario por cada treinta días de privación de libertad. Si la pena originalmente impuesta no fuere superior a treinta días de privación de libertad, corresponderá hacer el cálculo proporcional para determinar el número exacto de horas por las que se extenderá la sanción. En todo caso, la pena impuesta no podrá extenderse por más de ocho horas diarias”.

Si el condenado aportare antecedentes suficientes que permitieren sostener que trabaja o estudia regularmente, el juez deberá compatibilizar las reglas anteriores con el régimen de estudio o trabajo del condenado.

IV. Reemplazo de la pena sustitutiva y penas mixtas⁶¹

Tanto el reemplazo de la pena sustitutiva como las “penas mixtas” constituyen mecanismos para modificar el régimen de cumplimiento de la pena que ya había comenzado a ejecutarse. En ambos casos, la resolución puede ser dictada de oficio o a petición de parte y se requiere que Gendarmería presente un informe favorable al reemplazo.

1. Reemplazo de la pena sustitutiva⁶²

El reemplazo consiste en el cambio de una pena sustitutiva por otra de menor intensidad cuando el condenado ha cumplido al menos la mitad de la pena.

⁶⁰ Artículo 12.

⁶¹ Nuevo título V.

⁶² Artículo 32.

Éste procede pasando (i) de libertad vigilada intensiva a libertad vigilada y (ii) de libertad vigilada a remisión condicional.

Para que procedan ambos reemplazos, de manera consecutiva, respecto de un mismo condenado, además del informe favorable de Gendarmería de Chile se requiere que haya cumplido más de dos tercios de la pena originalmente impuesta. En el caso de la imposición de la libertad vigilada intensiva en virtud de la interrupción de la pena (pena mixta), no es posible aplicar el reemplazo.

Si el tribunal rechaza el reemplazo, “éste no podrá discutirse nuevamente sino hasta transcurridos seis meses desde de su denegación”⁶³.

2. Pena mixta

La pena mixta consiste en la “interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva”⁶⁴, la que en todo caso deberá ser controlada por monitoreo telemático⁶⁵. Los requisitos para la interrupción son:

- a) Que la condena sea de cinco años y un día o menos;
- b) Que el condenado no registre otra condena por crimen o simple delito;
- c) Que haya cumplido al menos un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva, y
- d) Que haya observado un comportamiento calificado como “muy bueno” o “bueno” en los tres bimestres anteriores a su solicitud⁶⁶.

En caso de que cumpla satisfactoriamente la pena de libertad vigilada intensiva, el tribunal remitirá “el saldo de la pena privativa de libertad interrumpida [...] teniéndola por cumplida con el mérito de esta resolución”⁶⁷.

63 Ídem.

64 Artículo 33.

65 Artículo 33 inciso 2° y artículo 23 bis A.

66 Según Decreto Supremo N°2.442, de 1926, del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley de Libertad Condicional.

67 Artículo 33.

V. Incumplimiento y quebrantamiento

1. Incumplimiento

La Ley 20.603 distingue dos tipos de incumplimiento de las condiciones, de los cuales dependen sus consecuencias⁶⁸:

Incumplimiento grave o reiterado	Otros incumplimientos injustificados
Atendidas las circunstancias del caso, el tribunal deberá revocar la pena sustitutiva impuesta o reemplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad.	El tribunal deberá imponer la intensificación de las condiciones de la pena sustitutiva. Esta intensificación consistirá en establecer mayores controles para el cumplimiento de dicha pena.

En el primer caso, siempre tiene que cambiar la pena, ya sea volviendo a la original privativa o restrictiva de libertad o reemplazándola por una de mayor intensidad. Si bien no hay una escala como en el artículo 59 del Código Penal, resulta lógico que de menor a mayor intensidad esta sería (i) remisión condicional, (ii) libertad vigilada, (iii) libertad vigilada intensiva.

Sin embargo, respecto de la reclusión parcial la solución no aparece tan clara, ya que ésta implica la “reclusión” frente a la “libertad” vigilada, pero los requisitos de la libertad vigilada son mayores, lo que debería dar cuenta de su intensidad en términos relativos, y posiblemente la reclusión nocturna en el domicilio del condenado pueda parecerle a un condenado menos gravosa atendida su situación personal⁶⁹.

La determinación de si hubo incumplimiento o quebrantamiento se realiza en una audiencia, que debe celebrarse dentro del plazo de quince días desde que fue recibida por el tribunal la información respectiva⁷⁰.

68 Artículo 25.

69 De hecho, aunque esto no sea un elemento decisivo en sí mismo, el proyecto de ley original contemplaba que para el caso del incumplimiento la reclusión nocturna podría ser sustituida por la libertad vigilada: “Artículo 29.- En los casos señalados en el artículo 28, las medidas de Remisión Condicional de la Pena; Reclusión Nocturna; Trabajos en Beneficio de la comunidad y Reparación del Daño, podrán ser sustituidas por la medida de Libertad Vigilada”. Por otra parte, el ejecutivo presentó una indicación sustitutiva en que apareciendo ambas penas, no se establece una relación clara desde el punto de vista de su intensidad: “Artículo 28.- En los casos señalados en el artículo 27 (incumplimiento severo de las condiciones), la pena de remisión condicional podrá ser sustituida por la pena de libertad vigilada o por reclusión parcial”.

70 Artículo 28.

En caso de dejar sin efecto la pena sustitutiva, sea como consecuencia de un incumplimiento o por quebrantamiento, el condenado debe cumplir el saldo de la pena inicial, “abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas”⁷¹.

2. Quebrantamiento

Si durante el cumplimiento de la pena sustitutiva el condenado comete nuevo crimen o simple delito y es condenado por sentencia firme, la pena se entenderá quebrantada por el solo ministerio de la ley y dará lugar a su revocación⁷².

3. Normas especiales para la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad

En este caso el delegado informa al tribunal competente, el que cita a una audiencia para resolver sobre la mantención o la revocación de la pena. El juez la revocará:

- a) Si el condenado lo solicita;
- b) Si la quebrantó; o
- c) Si, previo informe del delegado, el condenado (i) se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales; (ii) su rendimiento en la ejecución “fuere sensiblemente inferior al mínimo exigible, a pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo”; o (iii) “se opusiere o incumpliere en forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieren por el responsable del centro de trabajo”⁷³.

Si revoca la pena se abonará al tiempo de reclusión un día por cada ocho horas efectivamente trabajadas. Si el tribunal no la revoca, “podrá ordenar que su cumplimiento se ejecute en un lugar distinto a aquel en que originalmente se desarrollaba”⁷⁴.

VI. Monitoreo telemático

Una de las innovaciones más importantes de la Ley 20.603 es la inclusión del monitoreo telemático, consistente en la supervisión por medios tecnológicos de las penas sustitutivas de reclusión parcial y libertad vigilada intensiva. Respecto de esta última, el monitoreo sólo se utilizará para el control de los

71 Artículo 26.

72 Artículo 27.

73 Artículo 30.

74 Artículo 31.

delitos establecidos en el artículo 15 bis letra b)⁷⁵. En el caso de estas penas el tribunal podrá decretar el monitoreo, pero si la libertad vigilada intensiva se aplica como consecuencia de una pena mixta, el monitoreo es obligatorio⁷⁶.

Se establece la posibilidad de que se le entregue a la víctima un dispositivo de control para su protección, lo que requiere el consentimiento de ésta.

La utilización de la información obtenida en la aplicación del sistema de monitoreo telemático para fines distintos a los señalados, sólo procede respecto de investigaciones “en la cual el condenado sometido a monitoreo telemático apareciere como imputado”, para lo cual el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía, en conformidad con las normas generales del Código Procesal Penal⁷⁷.

Se tipifican dos delitos vinculados al monitoreo: la revelación indebida de la información entregada por el sistema⁷⁸ y la afectación material del dispositivo de monitoreo⁷⁹.

El condenado tiene la obligación, en caso que el dispositivo de monitoreo quede inutilizado o sufiere un desperfecto, pudiendo advertirlo, de informarlo a la brevedad a Gendarmería de Chile. Si no lo hace, esta omisión tiene mérito suficiente para dejar sin efecto la sustitución de la pena.

75 Artículos 296, 297, 390, 391, 395, 396, 397, 398 o 399 del Código Penal, cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar, y aquellos contemplados en los artículos 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter y 411 ter del mismo Código.

76 Artículo 33 inciso 2°.

77 Artículo 23 quinquies.

78 Artículo 23 quinquies: “El que conociendo, en razón de su cargo, la información a que alude el inciso anterior, la revelare indebidamente, será sancionado con la pena prevista en el inciso primero del artículo 246 del Código Penal”. El artículo 246 del Código Penal, sobre violación de secretos, establece:

“El empleado público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, o bien en ambas conjuntamente.

Si de la revelación o entrega resultare grave daño para la causa pública, las penas serán reclusión mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

Las penas señaladas en los incisos anteriores se aplicarán, según corresponda, al empleado público que indebidamente anticipare en cualquier forma el conocimiento de documentos, actos o papeles que tenga a su cargo y que deban ser publicados”.

79 Artículo 23 sexies: “El sujeto afecto al sistema de control de monitoreo que dolosamente arrancare, destruyere, hiciere desaparecer o, en general, inutilizare de cualquier forma el dispositivo, responderá por el delito de daños, de conformidad a lo establecido en los artículos 484 y siguientes del Código Penal, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 27 de esta ley”.

VII. Otras modificaciones

La Ley 20.603 incluye otras modificaciones tendientes a concordar la terminología para referirse a las “penas” sustitutivas, en el Código Penal⁸⁰, Ley N°20.000⁸¹, Ley N°19.856⁸² y Código Procesal Penal⁸³.

Cabe destacar la modificación del artículo 129 del Código Procesal Penal, a fin de permitir la detención en caso de flagrancia cuando a quien “fuere sorprendido infringiendo las condiciones impuestas en virtud de las letras a), b), c) y d) del artículo 17 ter de la Ley N°18.216”. Al respecto, puede generar dificultades prácticas la infracción de la letra d), es decir, la “obligación de cumplir programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de tratamiento de la violencia u otros similares”, a diferencia de las tres condiciones anteriores, cuyo cumplimiento se puede verificar de manera más simple.

80 Sustituye en el número 2° del artículo 39 bis las expresiones “alguno de los beneficios de la ley N°18.216, como alternativa a la pena principal”, por “alguna de las penas de la ley N°18.216 como sustitutiva de la pena principal”.

81 Sustituye en el artículo 62 la expresión “medidas alternativas” por “penas sustitutivas”.

82 Además, sustituye el artículo 16 de la Ley N°19.856, que Crea un Sistema de Reinserción Social de los Condenados sobre la Base de la Observación de Buena Conducta, por el siguiente:

Artículo 16.- Condenados en reclusión parcial. La reducción de condena de que tratan los artículos 2° y 3° de la presente ley favorecerá también a los condenados que cumplieren la pena sustitutiva de reclusión parcial.

Para estos efectos, constituirá comportamiento sobresaliente del condenado el cumplimiento cabal del régimen de ejecución correspondiente a dicha pena sustitutiva.

La calificación de la conducta y el procedimiento de obtención de la reducción de condena de que trata el presente artículo, se sujetará íntegramente a lo dispuesto en el Título II de esta ley.

83 Sustituye en los artículos 348, inciso primero; 412, inciso tercero, y 413, letra e), la expresión “medidas alternativas” por “penas sustitutivas”; reemplaza en el artículo 140, inciso cuarto, la oración “gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas alternativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley” por lo siguiente: “cumpliendo alguna de las penas sustitutivas a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la ley” y en el artículo 398, inciso primero, la frase “alguno de los beneficios contemplados” por “alguna de las penas sustitutivas contempladas”; y sustituye en el artículo 468, inciso tercero, la expresión “medida alternativa” por “pena sustitutiva”. Por último, reemplaza, en el inciso primero del artículo 466 (sobre los intervinientes en la ejecución de la pena o medida de seguridad), la expresión “y su defensor”, por “su defensor y el delegado a cargo de la pena sustitutiva de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, de libertad vigilada o de libertad vigilada intensiva, según corresponda”.

VIII. Entrada en vigencia⁸⁴

La entrada en vigencia está diferida hasta la publicación en el Diario Oficial de las adecuaciones al reglamento de la Ley N°18.216⁸⁵, que deben efectuarse dentro de los dieciocho meses siguientes a la publicación de esta ley.

Sin embargo, se establece una entrada en vigencia gradual respecto del monitoreo telemático y la pena mixta, atendidas las dificultades técnicas de su implementación:

- a) Durante el primer año contado a partir de la dictación de las adecuaciones al reglamento ya mencionado, este control sólo se realizará respecto de quienes se les sustituyó la pena privativa de libertad impuesta por la libertad vigilada intensiva, cuya duración sea superior a cuatro años y no exceda de cinco.
- b) La pena mixta, respecto de la cual el monitoreo es obligatorio, entrará en vigencia transcurridos dos años desde la misma publicación.

Por último, no hace referencias a su uso para la reclusión parcial, pero en todo caso la entrada en funcionamiento del monitoreo telemático depende de un reglamento del Ministerio de Justicia⁸⁶ y su imposición no es obligatoria en este caso.

IX. Sustitución de la pena de multa

1. Antecedentes generales

La Ley 20.587, publicada el 8 de junio de 2012, modifica el régimen de libertad condicional y establece, en caso de multa, la pena alternativa de trabajos comunitarios. Si bien pareciera que estaba destinada a modificar el Decreto Ley 321 de 1925, sobre libertad condicional, al respecto sólo crea la Comisión de Libertad Condicional, que sucede al Ministerio de Justicia en sus funciones relativas a la concesión de dicho beneficio.

Las modificaciones más importantes se vinculan a la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad como sustitutiva de la pena de multa.

84 Artículo 8° de la Ley N°20.603.

85 Decreto Supremo N°1.120, de 1984, del Ministerio de Justicia.

86 Artículo 23 octies.

2. Sustitución de la multa en el Código Penal

Para los efectos ya señalados, modifica el Código Penal, contemplando los servicios comunitarios como pena que sustituye la de multa si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacerla⁸⁷.

Su regulación es prácticamente idéntica en algunos aspectos a la de la Ley 18.216: su definición⁸⁸, ejecución⁸⁹, tramitación⁹⁰ y causales de incumplimiento⁹¹, y la necesidad de acuerdo del condenado.

Para determinar el tiempo que deberá prestar servicios comunitarios el condenado, se calcula en ocho horas por cada tercio de UTM. Los trabajos no pueden durar más de ocho horas diarias, y el condenado podrá solicitar poner término a la prestación de servicios en beneficio de la comunidad previo pago de la multa, a la que se deberán abonar las horas trabajadas.

Si no la acepta, el tribunal impondrá, por vía de sustitución y apremio de la multa, la pena de reclusión, regulándose un día por cada tercio de UTM (máximo seis meses). Antes de esta ley era un día por cada media UTM.

3. Sustitución de la multa en la Ley 20.000

Se establece también un régimen especial para la sustitución de la multa contemplada en el artículo 52 de la Ley 20.000.

El tribunal para sustituir la multa puede aplicar la pena de asistencia obligatoria a programas de prevención hasta por 60 días, de tratamiento o rehabilitación, en su caso, por un período de hasta 180 días, o la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Al igual que en el caso anterior, se requiere el acuerdo del condenado y la regulación y revocación de la pena de servicios comunitarios se rige por los artículos 49 a 49 sexies del Código Penal.

4. Entrada en vigencia

En todo caso, su aplicación está diferida, ya que las normas referidas a la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad se aplicarán en conformidad a un reglamento dictado por el Ministerio de Justicia, los que entrarán a regir el día en que se publique en el Diario Oficial el reglamento.

87 Artículo 49 del Código Penal.

88 Artículo 49 bis del Código Penal y 10 de la Ley 18.216.

89 Artículo 49 quáter del Código Penal y 12 bis de la Ley 18.216.

90 Artículo 49 quinquies del Código Penal y 29 de la Ley 18.216.

91 Artículo 49 sexies del Código Penal y 30 de la Ley 18.216. Una diferencia es que, para el caso de la multa, se entiende incumplida la pena sustitutiva si el condenado no concurre a Gendarmería de Chile a cumplir la pena en el plazo que determine el juez, que no puede ser menor a tres ni superior a siete días.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL
Y EXTRADICIONES

ACCESO CONSULAR A PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN DETENIDAS O PRIVADAS DE LIBERTAD, AL AMPARO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE RELACIONES CONSULARES

Karina Fernández¹

Adriana Quintero²

Rafael Hurtado³

Introducción

El desarrollo de este trabajo se ubica en la implementación del “Proyecto sobre Acceso a la Justicia”, que actualmente impulsa la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones del Ministerio Público, en coordinación con otros relevantes actores del sistema penal, proyecto que atiende a los contenidos de las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”⁴ y su homólogo en los Ministerios Públicos de Ibero América, como son las “Guías de Santiago sobre Atención a Víctimas y Protección de Testigos”⁵; además de lo reglado en diversas convenciones internacionales, sobre asistencia consular y la situación de personas migrantes dentro del proceso penal.

El tema en análisis es fiel reflejo del impacto que las migraciones actualmente ejercen en el campo del proceso penal, considerando por ejemplo que las detenciones a personas extranjeras realizadas por la Policía de Investigaciones de Chile promedian un 5% del total⁶. A dicho contexto debe agregarse la ausencia de normas que de manera orgánica den respuesta adecuada a las exigencias de los actuales flujos migratorios en Chile⁷, lo que hace indispensable observar las disposiciones internacionales que rigen la materia.

- 1 Abogada de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Estudiante de doctorado jurídico, California Western School of Law, San Diego.
- 3 Estudiante de doctorado jurídico, California Western School of Law, San Diego.
- 4 *Reglas de Brasilia*, Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables. Disponible [En línea] <http://www.cumbrejudicial.org>.
- 5 *Guías de Santiago*, Sobre Protección de Víctimas y Testigos. Disponible [En línea] <http://www.aiamp.net/sistema/UserFiles/File/GUIAS%20Espanol.pdf>
- 6 LARA ESCALONA, M^a Daniela, “*El proceso de los inmigrantes*”, En: Visiones Criminológicas del Proceso Penal, N°1, Nova Criminis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central, Santiago de Chile, 2010, pp. 241-282, p. 253.
- 7 Sobre un desarrollo del aspecto legislativo, *Vid.* LARA ESCALONA, M^a Daniela, “*El proceso de los inmigrantes*”, En: Visiones Criminológicas del Proceso Penal, N°1, Nova Criminis, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central, Santiago de Chile, 2010, pp. 241-282, p. 253.

Debemos considerar que el proceso penal “(...) para alcanzar sus objetivos, debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia”⁸ y, precisamente, los extranjeros privados de libertad⁹, así como las víctimas extranjeras¹⁰ son calificados como grupos vulnerables, por lo que requieren ser especialmente protegidos. De igual forma, rige en esta materia la obligación de los Estados de garantizar a los extranjeros un estándar mínimo en materia de derechos fundamentales, el que surge de una adecuada comparación entre el marco normativo interno y el convencional que, en caso de no ser observado, hace incurrir al Estado involucrado en un hecho ilícito internacional¹¹.

Así, comprender las normas internacionales que rigen el acceso consular es indispensable para la legítima operatividad del proceso penal, pues en la actualidad “(...) ya no hay cómo pretender disociar el referido derecho a la información sobre la asistencia consular del *corpus juris* de los derechos humanos”¹².

Por ello este trabajo, junto con desarrollar los principales aspectos teóricos y normativos del acceso consular, hace referencia a la jurisprudencia internacional que ha analizado el tema, contribuyendo a su constante evolución, ubicándolo en la esfera de los derechos personales. En este transitar jurisprudencial nos detendremos en el caso estadounidense para contemplar los concretos efectos que dicho desarrollo internacional puede o no generar en un determinado país.

Destacan entre las funciones consulares el proteger en el Estado receptor los derechos e intereses de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional, cuyo eje central está dado por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares¹³, complementada por diversas

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, “El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, Párr. 119 (en adelante OC-16/99).

9 *Reglas de Brasilia*, Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables, Sección 2, (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: (...) la migración (...) y la privación de libertad.

10 *Guías de Santiago*, Sobre protección de víctimas y testigos, Punto 10.

11 PAGLIARI, Arturo: “*Protección diplomática. Los nuevos desarrollos en el proyecto de artículos (2006) de la Comisión de Derecho Internacional*”. En: Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje a Santiago Benadava, obra coordinada por Hugo Llanos y Eduardo Picand. 2 vols. Librotecnia, Santiago de Chile, t. I., 2008, pp. 83-106, p. 84.

12 *Vid.* Corte IDH, OC-16/99, voto concurrente del Juez Cançado Trindade.

13 De 24 de abril de 1963, entró en vigor el 19 de marzo de 1967, ratificado por Chile el 9 de enero de 1967.

convenciones (Interamericana de DD.HH.¹⁴, Europea de DD.HH.¹⁵), declaraciones o conjuntos de principios y por el desarrollo jurisprudencial internacional.

Dentro de las funciones consulares, se encuentra también el objeto de este artículo: la Asistencia Consular, de características eminentemente preventivas que la diferencian de la protección diplomática¹⁶. Analizaremos la referida asistencia, en relación al derecho de notificación consular y derecho individual a información sobre auxilio consular en beneficio de enjuiciados extranjeros que, de conformidad a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, se expresa como el derecho del detenido extranjero a recibir información para procurar y recibir colaboración desde su consulado. Derecho que además, a nuestro juicio, es del todo extensible a las víctimas extranjeras.

Desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, la Asistencia Consular se entiende como el conjunto de medidas de control que poseen las diversas autoridades estatales, en este caso consulares, para procurar la tutela de derechos fundamentales de sus ciudadanos en el marco de procesos penales, que deben entenderse en constante expansión¹⁷.

I. Normas internacionales

Surgen así, al alero del Derecho Internacional, distintas y recíprocas obligaciones para los Estados en el marco de las garantías a un adecuado acceso de sus nacionales a la justicia en un país extranjero. A continuación nos referiremos al marco convencional y jurisprudencial que rigen tanto el acceso consular como el derecho a ser notificado en su propio idioma, cuyo desarrollo evolutivo ha desplazado el acceso consular desde su ubicación en el marco de los derechos de los Estados hacia la esfera de los derechos de sus nacionales.

1. Marco convencional

En este punto expondremos los principales instrumentos internacionales que poseen disposiciones vinculantes para los Estados, en relación al tema en análisis:

14 De 22 de noviembre 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978, ratificado por Chile el 10 de agosto de 1990.

15 De 4 de noviembre de 1950, entró en vigor en 1953.

16 PAGLIARI A., *op. cit.*, p. 83. La Protección Diplomática, es el derecho que tienen todo Estado a defender los intereses propios y de sus nacionales, cuando han sido afectados por un hecho ilícito internacional generado proveniente otro Estado, asumiendo como propia la reclamación de la responsabilidad internacional del Estado infractor por las vías diplomáticas y judiciales (nacionales o internacionales).

17 *Cfr.* Votos concurrentes y razonados del Juez García Ramírez en los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; *Tibi vs. Ecuador*, y, *Bulacio vs. Argentina*.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares¹⁸

ARTÍCULO 5

FUNCIONES CONSULARES

Las funciones consulares consistirán en:

- a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional;
- e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas;
- i) representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente;
- m) ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía a la oficina consular que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor o a las que éste no se oponga, o las que le sean atribuidas por los acuerdos internacionales en vigor entre el Estado que envía y el receptor.

ARTÍCULO 36.1

COMUNICACIÓN CON LOS NACIONALES DEL ESTADO QUE ENVÍA

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:
 - a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;
 - b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades,

¹⁸ De 24 de abril de 1963, entró en vigor el 19 de marzo de 1967, ratificado por Chile el 09 de enero de 1967. En: <<http://www.oas.org/legal/spanish/convvienaconsulares.htm>>.

las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

- c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

Glosario de términos involucrados, en la referida Convención¹⁹:

<p>“Derecho a la información sobre la asistencia consular” “Derecho a la información” (art. 36.1.b] Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)</p>	<p>El derecho del nacional del Estado que envía, que es arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva, a ser informado, “sin dilación”, que tiene los siguientes derechos: i) el derecho a la notificación consular, y ii) el derecho a que cualquier comunicación que dirija a la oficina consular sea transmitida sin demora.</p>
<p>“Derecho a la notificación consular” “Derecho a la notificación”</p>	<p>El derecho del nacional del Estado que envía a solicitar y obtener que las autoridades competentes del Estado receptor informen sin retraso alguno sobre su arresto, detención o puesta en prisión preventiva a la oficina consular del Estado que envía.</p>
<p>“Derecho a la comunicación consular” “Derecho a la comunicación” (arts. 5, 36.1.a] y 36.1.c] Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)</p>	<p>El derecho de los funcionarios consulares y los nacionales del Estado que envía a comunicarse libremente.</p>
<p>“Estado que envía” (art. 36.1.b] Convención de Viena sobre Relaciones Consulares)</p>	<p>Estado del cual es nacional la persona privada de libertad.</p>

19 Corte IDH, OC-16/99.

Pacto Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos²⁰

ARTÍCULO 14

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

Convención Americana Sobre Derechos Humanos²¹

ARTÍCULO 8

GARANTÍAS JUDICIALES

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

Convenio Europeo Para La Protección De Los Derechos Humanos y De Las Libertades Fundamentales²²

ARTÍCULO 5

DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD

2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

ARTÍCULO 6

DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

20 De 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976, ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972. En: <<http://www.oas.org/dil/esp/pactointernacionaldederechoscivilesypoliticos.htm>>.

21 De 22 de noviembre 1969, entró en vigor el 18 de julio de 1978, ratificado por Chile el 10 de agosto de 1990. En: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humano>.

22 De 04 de noviembre de 1950, entró en vigor en 1953. En: <<http://www.echr.coe-int>>.

- a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;
- e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

Principios y reglas mínimas

- Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, adoptado por la Asamblea General de la ONU, Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.
- Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven, adoptada por la Asamblea General de la ONU, Resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985, Art. 10.
- Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables (Reglas de Brasilia).

2. Aplicación práctica- aspecto jurisprudencial

Uno de los desafíos a inicios de la década del ochenta, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, era determinar si la Asistencia Consular se trataba de un mero compromiso multilateral que regulaba aspectos diplomáticos, o de un cuerpo normativo que aseguraba el ejercicio de derechos fundamentales a personas que en una especial situación de vulnerabilidad se encontraban involucradas en un proceso penal.

El debate fue complejo, pues asumirlo como un derecho que además otorga eficacia y legitimidad al debido proceso, trae vinculadas serias obligaciones internacionales para los Estados, los que estarían obligados a proveer esa información y cuyo incumplimiento acarrearía la correspondiente responsabilidad internacional del Estado y el deber de reparación²³.

Al margen de los diversos elementos que integran el debate, es posible indicar que estamos en presencia de una evolución desde la visión en virtud de la cual el Estado tenía el monopolio de la titularidad de derechos, lo cual excluyó del ordenamiento internacional el destinatario final de las normas jurídicas: el ser humano, hacia su actual ubicación como sujeto del Derecho interno e internacional²⁴.

La referida discusión buscaba determinar si el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares consagraba derechos individuales de los detenidos extranjeros para comunicarse con las autoridades consulares de

23 Corte IDH, OC-16/99, párr. 141 y 146.

24 *Vid.* Voto concurrente del Juez Cançado Trindade, OC-16/99.

su Estado de nacionalidad o reglaba el privilegio histórico de los Estados de proteger a sus nacionales.

En este marco del debate, el primer desarrollo importante²⁵ lo constituye lo expuesto en la Opinión Consultiva 16/99²⁶ relativa al derecho de Asistencia Consular consagrada en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, donde la Corte Interamericana indica que el artículo 36 es una norma destinada a velar por la efectiva protección de los derechos del nacional del Estado que envía, y puede redundar en beneficio de aquel²⁷, afirmando que el derecho a la notificación consular está condicionado, únicamente, a la voluntad del individuo interesado²⁸. De igual forma, sostiene que el ejercicio al debido proceso se ejerce a través de esta disposición, la cual consagra un verdadero derecho individual: el de información sobre la Asistencia Consular²⁹, que “(...) concierne a la protección de los derechos del nacional que envía y está integrado a la normativa internacional de los derechos humanos”³⁰.

Además, la Corte Interamericana sostuvo que el Estado receptor, en caso de privación de libertad de un extranjero, debe comunicar “sin dilación” sus derechos al detenido, entendiéndose que esto implica que la notificación debe hacerse “al momento de privar de la libertad al inculcado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad”³¹, con el objeto de garantizar un debido proceso³².

En el caso de la notificación al Cónsul, como parte del derecho a notificar, la Corte Interamericana ha destacado su importancia sosteniendo: “(...) el cónsul podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión”³³.

25 MEDINA QUIROGA, Cecilia: *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Santiago de Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 247.

26 Corte IDH, OC-16/99.

27 Corte IDH, OC-16/99, párr. 87.

28 Corte IDH, OC-16/99, párr. 90.

29 MEDINA QUIROGA, Cecilia: *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Santiago de Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 334.

30 Corte IDH, OC-16/99, párr. 141.

31 Corte IDH, OC-16/99, párr. 106.

32 Corte IDH, OC-16/99, párr. 86, 87.

33 Corte IDH, Caso *Tibi vs. Ecuador*, párr. 112; Caso *Bulacio vs. Argentina*, párr. 130; OC-16/99, párr. 86; y O.N.U., O.N.U., Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, Principios 13 y 16.

El análisis de la Corte Interamericana, termina por ubicar la materia en examen en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos³⁴, siendo una expresión de cómo “(...) toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano...”³⁵, que permiten sostener con coherencia que las obligaciones consulares son una expresión práctica de la protección de los derechos fundamentales.

Así, a modo de ejemplo, podemos mencionar algunos relevantes casos que reflejan lo aquí expresado:

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CASO TIBI VS ECUADOR³⁶

En este caso el ciudadano francés Daniel Tibi, fue detenido en Quito sin orden previa como consecuencia de la declaración policial del confeso responsable del delito de tráfico de cocaína, posteriormente fue encarcelado, permaneciendo detenido por veintiocho meses hasta que al Corte Suprema ordenó su liberación, afirmando que de los antecedentes “(...) forzosamente se debe concluir que [éste] es inocente”³⁷. La denuncia internacional se centro en el hecho que, al momento de su detención, no se permitió a Daniel Tibi comunicarse con el Consulado de su país³⁸.

Sobre el caso la Corte Interamericana, sostuvo:

195. A su vez, la Corte observa que el señor Tibi, como detenido extranjero, no fue **notificado** de su **derecho de comunicarse con un funcionario consular** de su país con el fin de procurar la asistencia reconocida en el artículo 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares).

Afirmando, que el derecho individual del nacional a solicitar Asistencia Consular “debe ser reconocido y considerado en el marco de las garantías mínimas

34 *Vid.* Voto concurrente del Juez Cançado Trindade, OC-16/99.

35 *Vid.* Voto concurrente del Juez Cançado Trindade, OC-16/99.

36 Corte IDH, Caso Tibi *Vs.* Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004.

37 Oficio dirigido al Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador por la Comisión Nacional de Quejas y Reclamos de 10 de marzo de 1997.

38 El 16 de julio de 1998 el señor Daniel Tibi, a través de su abogado, señor Arthur Vercken, presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana basada en la supuesta violación, por parte del Ecuador y en perjuicio de aquél, de los artículos 5.1, 5.2 y 5.4; 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5 y 7.6; 8.1, 8.2.a, 8.2.b, 8.2.c, 8.2.d, 8.2.e, 8.2.f, 8.2.g, 8.2.h y 8.3; 10;11.1, 11.2 y 11.3; 21.1, 21.2 y 21.3; y 25.1, 25.2.a, 25.2.b y 25.2.c de la Convención Americana. Denuncia N°12.124.

para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa y contar con un juicio justo³⁹.

Comité de Derechos Humanos (ONU)

CASO MICHAEL Y BRIAN HILL VS. ESPAÑA⁴⁰:

En este caso, los hermanos Hill, de nacionalidad británica, fueron detenidos en julio de 1985, mientras se encontraban de vacaciones en España, bajo la sospecha de haber lanzado una bomba incendiaria en un bar de Gandía. En la comisaría, los hermanos pidieron a la policía que les permitieran entrar en contacto con el Consulado británico para poder ser asistidos por un representante consular que pudiera servir de intérprete independiente. Posteriormente, siguieron años de un largo proceso penal en el que permanecieron privados de libertad.

El año 1988, mientras se mantenía vigente el proceso fueron puestos en libertad, de conformidad con el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la cual se estipula que un preso puede ser liberado mientras se resuelve su apelación y cuando ha cumplido la mitad de la pena que se le ha impuesto. Puestos en libertad se dieron a la fuga, lo que no fue considerado un obstáculo por el Comité para recepcionar su denuncia, en la que reclamaron sobre la imposibilidad de solicitar traductor a su Consulado, lo que había afectado su derecho a un juicio justo.

Al respecto el Comité, considerando que la detención de los autores no fue ilegal o arbitraria, sostuvo que:

12.2. (...) Sin embargo el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto requiere que toda persona detenida sea informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y **notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella**. Los autores han hecho alegatos concretos sobre la demora de siete y ocho horas en informarles de la razón del arresto y **se han quejado de no haber entendido las acusaciones debido a la falta de un intérprete competente** (...).

15. El Comité de Derechos Humanos, actuando con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los **hechos examinados revelan una violación** del párrafo 3 del artículo 9, del artículo 10 y del apartado c) del párrafo 3 y del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, respecto de Michael y Brian Hill, y del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14.

39 Cfr. OC-16/99, párr. 122.

40 Michael y Brian Hill v. Spain, Comunicación No. 526/1993, U.N. Doc. CCPR/C/59/D/526/1993 (1997).

Corte Europea de Derechos Humanos

CASE OF AL SADOON AND MUFDHI VS THE UNITED KINGDOM⁴¹

En el marco de los desafíos actuales que presenta el acceso consular y los aspectos dinámicos del tráfico jurídico, conviene mencionar un reciente veredicto de la Corte Europea de Derechos Humanos, donde se discutió el conflicto existente entre los derechos fundamentales y las facultades diplomáticas de los Estados. Además, el fallo aborda las facultades jurisdiccionales extra-territoriales de la Corte y la aplicabilidad de la Convención toda vez que los hechos sucedieron en territorio iraquí.

En el caso en análisis se consideró responsable internacionalmente al Reino Unido, debido a que sus tropas asentadas en Irak, entregaron a las autoridades iraquíes a dos detenidos iraquíes, sin evaluar o considerar el riesgo que ello significaba para la vida de los detenidos, los que finalmente fueron ahorcados.

Aunque el Reino Unido reclamó haber actuado en cumplimiento de sus obligaciones consulares, fue condenado, toda vez que la Corte Europea sostuvo que las obligaciones internacionales deben ser interpretadas a la luz de los Principios Generales del Derecho Internacional, donde guarda prioridad la protección de los derechos fundamentales.

En este sentido la Corte sostuvo:

127. La Corte, además, debe tener en cuenta el carácter especial de la Convención como un tratado de garantía colectiva de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Su enfoque debe guiarse por el hecho de que el objeto y propósito de la Convención, como un instrumento para la protección de los seres humanos, requiere que sus disposiciones se interpreten y apliquen con el fin de hacer prácticas y efectivas sus medidas preventivas (ver, entre otras, §87; *Loizidou* contra Turquía (objeciones preliminares), antes citada, §72; *McCann* y otros, antes citada, §146).

II. El caso estadounidense

En este punto desarrollaremos aspectos vinculados al desarrollo de la Asistencia Consular y sus efectos concretos en los Estados Unidos de América (EE.UU.), toda vez que los principales antecedentes internacionales de carácter jurisprudencial en esta materia (OC-16/99, *LaGrand, Avena*) han tenido su origen en denuncias contra EE.UU.

41 En el original en inglés: European Court of Human Rights, Case of Al Sadoon and Mufdhi v The United Kingdom.

Corte Internacional de Justicia (“CIJ”)

EL CASO AVENA (MÉXICO VS. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)⁴²

En este relevante caso se discutieron múltiples aspectos relacionados con la competencia e inhabilidades del Tribunal, la protección diplomática, la ejecución de los veredictos de la CIJ (considerando el precedente de *LaGrand*), la violación de las garantías del debido proceso legal, la aplicación de la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963 y la naturaleza del conjunto de derechos que encierra su art. 36, así como el carácter y efectividad de las medidas provisionales de la Corte.

El 9 enero 2003, los Estados Unidos Mexicanos (México) denunciaron ante la CIJ a los Estados Unidos de América (EE.UU.) por presuntas violaciones de la Convención de Viena. México alegó que EE.UU. debía cumplir con su obligación internacional de Asistencia Consular respecto de 54 ciudadanos mexicanos que habían sido condenados a pena de muerte en EE.UU., sin que los acusados o el consulado mexicano fueran notificados de sus derechos bajo la Convención de Viena.

En su petición, México solicitó que la CIJ resolviera varias cuestiones, la más relevante que se declarara que el derecho a la notificación consular bajo de la Convención de Viena es un derecho humano. México sostuvo que la notificación consular ha sido extensamente reconocida como un derecho fundamental del debido proceso, y que sin haberse ejercido, los 54 sujetos fueron sometidos a procedimientos penales injustos, pues sin la notificación consular, la integridad del procedimiento penal se derrumba completamente. Por estas razones, México solicitó que la CIJ ordenara a EE.UU. restablecer la situación de los 54 sujetos al momento previo a su primer interrogatorio.

EE.UU. respondió que el propósito del artículo 36 era facilitar las funciones consulares de las autoridades y que informarle al ciudadano de sus derechos consulares es solamente un mecanismo utilizado para comenzar el procedimiento de notificación al consulado respectivo⁴³, alegando que la notificación consular no es fundamental al procedimiento penal y que la CIJ no posee jurisdicción para cambiar los veredictos penales de los tribunales locales de EE.UU.

42 ICJ, case concerning *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment of 31 March 2004.

43 “According to the United States, the purpose of Article 36 was to facilitate the exercise of consular functions by a consular officer: ‘The significance of giving consular information to a national is thus limited...It is a procedural device that allows the foreign national to trigger the related process of notification...[It] cannot possibly be fundamental to the criminal justice process’” *Id.* at para. 82.

En la resolución, la CIJ evitó calificar la Asistencia Consular como derecho humano, indicando que el artículo 36 contenía tres elementos distintos, pero interrelacionados:

- 1) El derecho del individuo a ser informado sin retraso de sus derechos bajo el artículo 36, párrafo 1(b);
- 2) El derecho del consulado a ser notificado, sin retraso, de la prevención de libertad del sujeto, si el sujeto lo solicita; y
- 3) La obligación del Estado receptor de remitir, sin retraso, cualquier comunicación del sujeto al consulado respectivo⁴⁴.

Con la declaración de un derecho *individual* (pero no fundamental), la CIJ decretó que la reparación apropiada para resolver el caso consiste en la obligación de EE.UU. de reconsiderar cada una de las condenas de la forma que considere más apropiada.

La resolución del caso *Avena* fue un paso importante para el desarrollo de los derechos humanos y el reconocimiento del individuo en el ámbito del Derecho Internacional. Desafortunadamente, como a continuación evidenciaremos, el impacto del fallo fue débil en la jurisprudencia interna norteamericana, debido a la escasa recepción del veredicto por los tribunales estadounidenses.

En el fallo del caso *Avena*, la CIJ no explicó de manera profunda las injusticias que son creadas cuando un individuo no es informado de su derecho consular y, de hecho, la verdadera magnitud de las violaciones de las autoridades estadounidenses no fueron conocidas, lo que debió haber ocurrido. La responsabilidad legal que se le impuso a EE.UU. de reconsiderar cada caso de la forma que considerara apropiada fue demasiado frágil. Como consecuencia, el reconocimiento del derecho consular como un derecho humano o individual se ha desarrollado más lentamente en la jurisprudencia interna de EE.UU. que en el ámbito internacional. Sin embargo, no todas las cortes y no todos los estados de Norteamérica actúan de manera uniforme en esta materia. De esta manera, el debate interno se expresa en diversas resoluciones judiciales generadas desde el año 2004, cuando se resolvió el caso *Avena*. Algunas de las cuales exponemos a continuación:

44 El considerando 61 del fallo indica: “Article 36, paragraph 1 (b), contains three separate but interrelated elements: the right of the individual concerned to be informed without delay of his rights under Article 36, paragraph 1 (b); the right of the consular post to be notified without delay of the individual’s detention, if he so requests; and the obligation of the receiving State to forward without delay any communication addressed to the consular post by the detained person.

Medellín vs. Texas⁴⁵

El 28 febrero 2005, el Presidente Bush despachó un memorándum a su Ministro de Justicia ordenando que los tribunales estatales de EE.UU. cumplieran con las obligaciones decretadas en el fallo del caso *Avena*⁴⁶.

Confiando en el contenido del fallo de la CIJ y en el memorándum del Presidente, el condenado José Ernesto Medellín (“Medellín”) solicitó su libertad a través de una petición de Hábeas Corpus en la Corte de Apelación Penal de Texas. Medellín fue uno de los 54 ciudadanos mexicanos nombrados en el caso *Avena* que había sido condenado a pena de muerte en Texas por haber asesinado y violado a dos adolescentes de Houston. La Corte de Apelaciones decretó que ni el fallo de la CIJ, ni el memorándum del Presidente Bush eran leyes vinculantes en el estado de Tejas. Medellín luego apeló su caso a la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En el caso de *Medellín v. Texas*, la Corte Suprema asumió la resolución de dos cuestiones:

- 1) Si la resolución de la CIJ se reconoce como ley vinculante en el ámbito jurisprudencial interno, y
- 2) Si el memorándum del Presidente Bush se reconoce como ley vinculante para los tribunales internos del país.

Para resolver la primera cuestión, la Corte Suprema citó el fallo del caso *Sánchez-Llamas v. Oregon*⁴⁷ y determinó que nada en la estructura ni en el propósito de la CIJ sugiere que sus resoluciones fueran vinculantes para las cortes internas de EE.UU.⁴⁸. De tal manera, un fallo de la CIJ sólo puede ser vinculante si hay una ley creada por el Congreso que lo decreta como tal.

La segunda cuestión fue resuelta por la Corte Suprema citando el fallo del caso *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*⁴⁹, que analizó los poderes del

45 Supreme Court of the United States, *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491, 503 (2008).

46 “President George W. Bush issued his Memorandum to the United States Attorney General, providing: ‘I have determined, pursuant to the authority vested in me as President by the Constitution and the laws of the United States of America, that the United States will discharge its international obligations under the decision of the International Court of Justice in [*Avena*], by having State courts give effect to the decision to the decision in accordance with general principles of comity in cases filed by the 51 Mexican nationals addressed in that decision” *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491, 503 (2008).

47 Supreme Court of the United States, *Sánchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 331, 126 S.Ct. 2669, 165.

48 “[A]s we observed in *Sánchez-Llamas*, ‘[n]othing in the structure or purpose of the ICJ suggests that its interpretations were intended to be conclusive on our courts” *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491, 518 (2008).

49 Supreme Court of the United States, *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 585, 72 S.Ct. 863, 96.

Presidente bajo la Constitución de EE.UU., concluyendo que el poder del Presidente de asegurar que las leyes sean ejecutadas fielmente refuta la idea que él también tenga el poder de crear leyes nuevas⁵⁰, el que es de exclusividad del poder legislativo. Consiguientemente, la Corte Suprema destruyó la idea establecida en el fallo *Avena*, de que el derecho consular es un derecho individual y fundamental del procedimiento penal.

Finalmente, José Ernesto Medellín fue ejecutado en agosto 2008 en Huntsville, Texas⁵¹.

Cornejo vs. County of San Diego⁵²

El derecho consular como derecho del individuo también se ha analizado en EE.UU. dentro del Derecho Civil. En el año 2007, la Corte Federal de Apelaciones del Noveno Circuito asumió resolver, si el artículo 36 de la Convención de Viena creó derechos vinculantes que pudiesen ser vindicados en una demanda contra el gobierno por daños civiles.

La demanda fue solicitada por el señor Ezequiel Núñez Cornejo, un ciudadano mexicano que fue detenido sin haber sido informado de su derecho de comunicar con su consulado. En el análisis de la Convención, el tribunal determinó que el artículo 36 otorga derechos y obligaciones a los Estados para que ellos puedan facilitar y promover funciones consulares.

Según el tribunal, las funciones consulares incluyen la protección de los extranjeros. El derecho del individuo a comunicarse con su consulado sirve sólo para facilitar los derechos de las autoridades consulares. De esta manera, el derecho del individuo fue establecido por el tribunal como un derecho que se deriva de los derechos y las obligaciones del Estado, y no como un derecho vinculante para el derecho civil de EE.UU.

Commonwealth vs. Gautreaux⁵³

En el caso de *Commonwealth v. Gautreaux*, la Corte Suprema de Massachusetts decretó que el derecho a la Asistencia Consular es un derecho individual. El caso se trata de un ciudadano de la República Dominicana que fue arrestado en Estados Unidos sin ser informado sobre su derecho, como ciudadano extranjero, a la Asistencia Consular según la Convención de Viena.

50 “The President’s power to see that the laws are faithfully executed refutes the idea that he is to be a lawmaker” *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491, 526-527 (2008).

51 James C. McKinley, Jr., *Texas Executes Mexican Despite Objections*, The New York Times (Aug. 6, 2008), <http://www.nytimes.com/2008/08/06/us/06execute.html>.

52 United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *Cornejo v. County of San Diego*, 504 F.3d 853 (2007).

53 Supreme Judicial Court of Massachusetts, Essex. *Commonwealth v. Gautreaux*, 458 Mass. 741 (2011).

De acuerdo con el precedente jurídico establecido en *LaGrand y Breard*, en este fallo la Corte, citando ambos casos, reconoció que el derecho de ser informado sobre la Asistencia Consular bajo el Artículo 36 de la Convención de Viena es un derecho individual, y no sólo un derecho consular.

*People v. Enraca*⁵⁴

La Corte Suprema de California analizó la Asistencia Consular, en el caso de un ciudadano de las Filipinas acusado de homicidio. El acusado apeló el veredicto condenatorio, discutiendo la legalidad del procedimiento pues las autoridades policiales no le informaron sobre su derecho a la Asistencia Consular bajo la Convención de Viena y, como consecuencia, las pruebas y confesión que obtuvieron carecen de valor. La Corte reafirmó que la Convención reconoce sólo el derecho de un extranjero a informar a su consulado sobre su detención, y no el derecho a que el consulado intervenga.

Sin embargo, en este caso rige un tratado consular bilateral entre los Estados Unidos y las Filipinas, que requiere que tras la detención de un ciudadano filipino las autoridades de dicho país deban ser informadas sin que se requiera de la autorización del detenido.

La Corte en este caso afirmó que se violó el tratado bilateral al no informar al consulado de las Filipinas sobre la detención del imputado, pero decidió que aunque se hubiera cumplido la notificación el resultado hubiera sido igual, ya que el imputado confesó culpabilidad en los crímenes.

Tras observar estos casos, podemos indicar que en EE.UU. el derecho individual sujeto a la información sobre la Asistencia Consular no se ejerce ni respeta, comprometiendo no sólo sus obligaciones internacionales, sino también aspectos centrales de la “*reciprocidad*”, aspecto reconocido en el caso *Cornejo*⁵⁵. Sin embargo, se trata de un aspecto en constante debate, como demuestra el fallo *Commonwealth*.

Conclusiones

Como resultado de lo aquí expuesto, podemos indicar que los orígenes de los derechos diplomáticos de protección de sus nacionales involucrados en procesos penales, efectivamente se encuentran en la esfera de las facultades consulares, como suerte de privilegio histórico de los Estado modernos.

Que en términos de acceso o garantías del derecho a la información y goce de la asistencia consular, podemos distinguir:

⁵⁴ Supreme Court of California, *People v. Enraca*, 53 Cal.4th 735 (2012).

⁵⁵ El Art. 36 “Es útil para el servicio consular de los Estados Unidos en la protección de nuestros ciudadanos en el exterior” *Cornejo v. County of San Diego*, 504 F.3d 853, 863 (2007).

- El derecho a la notificación consular sin dilación, es decir, previa a cualquier declaración que preste ante autoridad, el extranjero privado de libertad.
- Información sobre asistencia consular.

Pero, a raíz de la actual consolidación, en el Derecho Internacional, de las obligaciones de protección, basados en consideraciones de intangibilidad de los derechos fundamentales como fin de protección⁵⁶, se entiende que los derechos ya no le pertenecen a los Estados sino que a los sujetos que pasan a estar en el centro de la protección que precisamente los Estados deben salvaguardar.

Así, los que en un origen fueron derechos de orden diplomático hoy se ubican dentro de los derechos fundamentales, de los que se derivan deberes de protección, respeto, garantía y reparación por parte del Estado y de la comunidad internacional.

En este nuevo contexto podemos ubicar los derechos de asistencia consular, como expresiones del derecho a la defensa y al debido proceso (derechos fundamentales), o de derechos individuales, como los califica la CIJ.

La relevancia de una comparación coherente y concreta de los derechos que garantiza el acceso consular, entre los planos normativos (convencionales) respectivos, ubicándolos como derechos individuales o fundamentales, según la posición que se comparta, se explica cuando nos enfrentamos a conflicto entre disposiciones, normas, obligaciones, y derechos, principalmente en situaciones de conflictos internos, internacionales, o la persecución de delitos de especial trascendencia como el narcotráfico o el terrorismo, a las que debe sumársele contextos de asilo-refugio, nuevos contextos migratorios y multiculturalismo, que en no pocas ocasiones nos llevará a encontrarnos con personas que poseen una diversidad de nacionalidades. En todas estas situaciones la solución estará dada, a nuestro juicio, por la ponderación de derechos que se efectúe, la que exige una correcta ubicación de los mismos.

Un aspecto final, que parece indispensable incorporar en la esfera del Acceso Consular, es la víctima como parte del proceso penal, pues en su condición de extranjera, se encontrará en una posición doblemente vulnerable, siendo indispensable asegurar que sus autoridades se informen de la situación que se encuentra padeciendo, mejorando sus condiciones y acceso al proceso penal con la correspondiente asesoría, de modo que a nuestro juicio es indiscutible que el Acceso Consular de la víctima debe asegurarse en el entendido que se trata de un derecho fundamental.

56 BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. Derechos Fundamentales y Derecho Penal. [En línea] Yale Law School. < <http://islandia.law.yale.edu/sela/sbasuncan.pdf> > consultado, 26 de julio de 2012.

Por tanto, los actuales desafíos que plantea el escenario global, marcado por procesos migratorios para el ejercicio de los derechos de acceso consular, y que emanan de las normas descritas y la jurisprudencia progresiva, debe ser asumido en la práctica por los agentes consulares, los operadores de justicia y las policías, quienes a inicio de este siglo, tienen el privilegio de testimoniar el proceso de evolución del Derecho Internacional, que hoy alcanza también este aspecto de las relaciones consulares, “(...) cristalizado el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular, del que son titulares todos los seres humanos que se vean en necesidad de ejercerlo”⁵⁷, lo que constituye una muestra de la confluencia y complementariedad entre las normas de orden diplomático y de derechos humanos, pero que en el marco progresivo del Derecho Internacional aún no nos permite sostener que los mecanismos de asistencia consular sean una institución propia y específica del Derecho Internacional de los derechos humanos. Este último aspecto aún está abierto al debate y, seguramente, a lo que nos muestre la evolución normativa y jurisprudencial de esta emergente rama del Derecho.

57 *Vid.* Voto concurrente del Juez Cañado Trindade, OC-16/99.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

LA RACIONALIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES. LÍMITES LEGALES A LA LIBERTAD EN MATERIA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA. ESTUDIO DE DOS CASOS

Karen Guzmán Valenzuela¹

I. Introducción

La decisión de absolución o condena pronunciada por un Tribunal Oral en lo Penal rara vez deja totalmente conforme a todos los intervinientes. Esta disconformidad puede tener su origen en múltiples razones: la resolución misma del caso (condena o absolución), la calificación jurídica de los hechos, el grado de participación atribuido al responsable, la pena impuesta, los beneficios alternativos al cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad concedidos, etc.

En este contexto, varios autores plantean que es posible convencer a las partes involucradas y a la sociedad toda acerca de la racionalidad de las decisiones tomadas si, entre otros aspectos, se realiza una adecuada fundamentación del fallo, de tal modo que ésta permita reproducir el razonamiento judicial utilizado para arribar a las conclusiones a que llega el tribunal. En este contexto, es fundamental que la valoración de la prueba que efectúa el órgano jurisdiccional, no contradiga los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La delimitación y el alcance de estos conceptos serán algunas de las cuestiones que se abordarán en el presente artículo.

Sin perjuicio de lo establecido en el ordenamiento jurídico procesal penal respecto de la fundamentación de las decisiones judiciales, de la valoración de la prueba y de sus límites, diversos estudios señalan que las personas y, por cierto los jueces, no suelen tomar decisiones totalmente racionales; sobretodo cuando se encuentran frente a situaciones con importantes componentes de incertidumbre. En este artículo, se revisarán algunos de estos hallazgos, para comprender de una forma más acabada el proceso de toma de decisiones de los individuos así como los diversos factores que influyen en él.

Para finalizar, se analizarán dos fallos judiciales de Tribunales Orales en lo Penal, que se pronuncian respecto de acusaciones formuladas en contra de acusados por delitos sexuales, a fin de establecer si los límites jurídicos-procesales y los hallazgos empíricos descritos en la primera parte de este artículo tienen algún asidero en el quehacer jurisdiccional propiamente tal.

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

II. La racionalidad como componente fundamental de las decisiones judiciales

No existe en la doctrina una posición pacífica respecto del punto enunciado en el título de este apartado. Considerar la racionalidad como nota distintiva de las decisiones judiciales es una postura que se toma como consecuencia de una opción valorativa- ideológica más que técnico- procesal (Taruffo, 2012).

Dentro de los autores que defienden esta opción, Taruffo (2012) señala que es un requisito fundamental en una concepción racional de las decisiones judiciales, que “el juez tenga la libertad de emplear su propia razón a la hora de valorar las pruebas...”, pero se requiere que esta discrecionalidad en la valoración de las pruebas se realice “según criterios que garanticen el control racional de la misma” y que no sean consecuencia de una “persuasión interior, inescrutable e irreductiblemente subjetiva, que surge por razones desconocidas en el alma del juez” (Taruffo, 2012, pp. 26 y 27). En definitiva, lo que se persigue es que la decisión del juez sea consecuencia de un “procedimiento cognoscitivo estructurado y comprobable de manera intersubjetiva” (Taruffo, 2012, p. 33)².

En nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, la opción por la racionalidad de las decisiones judiciales en el ámbito procesal penal fluye principalmente de las normas relativas a las pruebas³ 4, a su valoración y, a la obligación de motivarlas⁵. Así lo entienden también diversos autores nacionales tales como

2 Para revisar con mayor profundidad esta temática, consultar: Taruffo, M. (2012). “Consideraciones sobre la prueba y motivación de la sentencia civil”, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, Tema: “Consideraciones sobre prueba y motivación”.

3 Según Taruffo (2012), la admisión de todas las pruebas relevantes en juicio es uno de los requisitos para considerar que en un ordenamiento jurídico procesal se ha optado por una concepción racional de la decisión judicial.

4 En este sentido, el artículo 276 del CPP señala que: *“El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifestamente impertinentes y las que tuvieran por objeto acreditar hechos públicos y notorios.*

Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral”.

5 Lo anterior, de acuerdo a lo establecido en el artículo 297 del C.P.P. *“Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.*

Accatino (2010; 2006), González (2006), Avilés (2004), Lepin (2004) y Horvitz y López (2004).

En este mismo sentido, pero a nivel de judicatura, en el interesante estudio realizado por Coloma y otros (2010), se presentan nueve hipótesis que se refieren a la prueba de los hechos en el proceso penal y que se someten al análisis de nueve jueces del Tribunal Oral en lo Penal. En una de dichas hipótesis se hace referencia precisamente a aquellos casos en los que los jueces toman decisiones en situaciones de incertidumbre, derivados de la falta de información o por existir contradicciones entre la información disponible. Ante esta situación, los jueces entrevistados reconocen su preocupación por desarrollar “un proceso argumentativo racional que permita otorgar a los intervinientes el convencimiento de una decisión apartada de las meras apreciaciones internas”⁶.

La jurisprudencia también ha recogido esta posición, en esta dirección destaca el fallo de la Excelentísima Corte Suprema, de 19 de mayo de 2009, Rol N°1414-2009, que en su considerando vigésimo noveno señala: *“la motivación de las sentencias debe permitir conocer las razones que sustentan la resolución, imponiendo a los jueces la obligación de estudiar razonadamente los elementos de juicio reunidos, en términos que resulte entendible la aceptación o rechazo de la pretensión punitiva ejercida por el estado. De la motivación debe desprenderse con claridad las razones que ha tenido el tribunal para declarar probados los aspectos fundamentales de los hechos, muy especialmente cuando hayan sido controvertidos. La necesidad de motivar las sentencias –que no pretende satisfacer necesidades en orden puramente formal, sino permitir al justiciable y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el tribunal que revise la resolución–, se refuerza cuando se trata de sentencias condenatorias y el acusado ha negado los hechos, la que tendrá la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que los jurisdicentes expliquen suficientemente el proceso intelectual que les condujo a decidir de una determinada manera...”*⁷.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

6 Coloma y otros, 2010, pp. 48 y 49.

7 En similar sentido, la resolución de la Ilustre Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 278-2004, de 16 de agosto de 2001, considerandos 11 y 12.

III. La valoración de la prueba rendida en juicio oral

Uno de los aspectos que se consideran como decisivos para establecer si un sistema jurídico opta por la racionalidad de las decisiones judiciales dice relación con la valoración de la prueba.

En general, se sostiene que respecto de la valoración de la prueba existen tres sistemas: prueba legal o tasada, libre convicción y sana crítica.

En el primer sistema, es “la ley la que fija, a priori, el valor individual de cada medio de prueba y su apreciación comparativa” (Lepin, 2004, p. 278).

En el sistema de libre convicción y, siguiendo a Couture, “el modo de razonar del juez no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juzgador, ni en medio de información susceptible de ser fiscalizada por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos” (Couture, citado por González, 2006, p. 96).

Por otra parte, el sistema de la sana crítica es definido por Couture como “las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia... En ellas se interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no es sana crítica, sino que libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento” (Couture, citado por González, 2006, p. 95).

Para Alsina, las reglas de la sana crítica son “las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio” (Alsina, citado por González, 2006, p. 85).

En nuestro país, la Corte Suprema ha definido la sana crítica como *“aquella que nos conduce al conocimiento de la verdad por los medios que aconseja la recta razón y el criterio racional puesto en juicio. De acuerdo con su acepción gramatical, puede decirse que es analizar sinceramente y sin malicia las opiniones de cualquier asunto. Las reglas que las constituyen no están establecidas en los códigos, se trata, por tanto, de un proceso interno y subjetivo del que analiza una opinión expuesta*

*por otro, o sea, es una materia esencialmente de apreciación y, por lo mismo, de hecho, cuya estimación corresponde privativamente a los jueces de fondo*⁸.

El Código Procesal chileno recoge en el artículo 297 el sistema de la sana crítica, pues si bien establece la libertad de prueba para la apreciación de la misma por parte de los jueces, ésta no puede contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Ahora bien, para delimitar los elementos que constituyen la sana crítica en nuestro sistema procesal penal, se realizará un breve análisis de cada uno de ellos.

Los principios de la lógica

El Diccionario de la Real Academia Española, en una primera acepción, define a lógica como “la ciencia que expone las leyes, modos y formas del conocimiento científico”. En segundo término, refiriéndose a la lógica difusa o borrosa, señala que es aquella que admite una cierta incertidumbre entre la verdad o falsedad de sus proposiciones, a semejanza del raciocinio humano y, en un tercer sentido, respecto de la lógica formal o matemática, como la que opera utilizando un lenguaje simbólico artificial y haciendo abstracción de los contenidos.

Otra definición de la lógica es aquella que la conceptualiza como una ciencia formal que estudia las formas válidas del razonamiento, independientemente de su contenido (Gabucio, F. en Gabucio, F. y otros, 2005).

Tradicionalmente, las reglas de la lógica se han caracterizado como reglas universales, estables e invariables en el tiempo y en el espacio (Cerdeña, 2008).

En el ámbito jurídico, se ha estimado que la referencia a la lógica corresponde a la deductivo-formal, entendida como el razonamiento que permite derivar conclusiones a partir de premisas (Gabucio, F., 2005). Desde esta perspectiva, se consideran como principios fundamentales del razonamiento lógico los principios de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente⁹, que pasamos a definir.

El principio de identidad indica que una cosa sólo puede ser igual a sí misma.

8 Síntesis Jurisprudencial de la Corte Suprema, en Semana Jurídica N°116, del 27 de enero al 2 de febrero de 2003, p. 13. Fallo de la Corte Suprema de 6 de enero de 2003, Rol N°400-01 y Fallo de la Corte Suprema de 4 de octubre de 2010, Rol 4617-2010.

9 Para profundizar sobre esta temática, consultar, entre otros, Gabucio, F. “Capítulo III: Razonamiento Deductivo” en Gabucio, F. (coord.). (2005) en “Psicología del Pensamiento”. Editorial UOC, primera edición, Barcelona, España.

El principio de no contradicción plantea que una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí. En el ámbito que aquí interesa, este principio implica que todos los argumentos que sustentan una sentencia deben ser compatibles entre sí. No se puede afirmar y negar a la vez un hecho de una cosa o de un mismo sujeto, pues los argumentos contradictorios se excluyen mutuamente, impidiendo extraer una conclusión válida de ellos (Accatino, 2010; Correa, 2007).

El principio del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes) supone que entre dos proposiciones, de las cuales una afirma y la otra niega, entre la atribución de un cierto predicado a un sujeto y la negación de ese mismo predicado, si se ha reconocido que una de esas proposiciones es verdadera y la otra es falsa, no hay una tercera posibilidad.

El principio de razón suficiente se refiere a que ninguna enunciación puede ser verdadera sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo. Este principio alude al conocimiento acerca de la verdad de las proposiciones, a diferencia de los anteriores que se refieren a la corrección formal del razonamiento (Correa, 2007)¹⁰.

Para Accatino (2010, p.135), los principios de la lógica no pueden quedar reducidos a los principios antes descritos, pues la lógica del razonamiento probatorio es fundamentalmente lógica inductiva¹¹. Se necesita, entonces, que “los argumentos que infieran ciertos hechos a partir de los elementos aportados al proceso, correspondan al esquema de la corroboración, de modo que la prueba equivalga efectivamente a una predicción que pueda formularse, sobre la base de ciertas generalizaciones empíricas aceptadas, a partir de la asunción hipotética del hecho a probar como verdadero. También requiere que se respete el esquema del modus tollens de la refutación, en el sentido de que no se considere probada una hipótesis para la que se haya aportado una contraprueba, que consista en el incumplimiento de una predicción que podría

10 Sancinetti (2010, p. 39) cita un fallo argentino que recoge y aplica el principio enunciado. En este mismo sentido, la resolución de la Ilustre Corte de Apelaciones de Antofagasta, de fecha 30 de mayo de 2012, en causa Rol N°103-2012, rechaza recurso de nulidad interpuesto por la defensa, fundamentado en la contravención de este principio, por estimar que no existe tal infracción, pues el establecimiento del carácter reiterado del delito sexual se fundó no sólo en la declaración de la menor ofendida, sino que en una serie de otras pruebas que permitieron formar convicción en el tribunal respecto de su concurrencia.

11 Tradicionalmente, se ha definido la lógica inductiva como aquella modalidad del razonamiento que consiste en obtener conclusiones generales a partir de premisas que contienen datos particulares o individuales (González García, J., 2000, p. 234). Hoy en día, esta definición se ha complejizado pues se considera que el razonamiento inductivo corresponde a aquel que indica algún tipo de apoyo a la conclusión, pero no una implicación lógica. Son razonamientos que sugieren verdad, pero no la aseguran.

formularse a partir de ella, si la generalización en que se apoya está dotada de respaldo empírico y si se aportan pruebas sobre el cumplimiento de las condiciones para su aplicación al caso particular”.

De este modo, Accatino (2010, p. 136) sostiene que para afirmar que la valoración de la prueba efectuada en una sentencia no contraviene los principios de la lógica, se requiere no sólo que no haya contradicciones entre los argumentos de la sentencia y que “se dé cuenta de las pruebas aportadas al proceso que constituyen eventos que tenían que haberse producido si los enunciados probatorios son verdaderos, sino que será necesario que se consideren las pruebas auxiliares y contrapruebas..., que puedan incidir en el grado de apoyo inductivo que un elemento de juicio aporta a un enunciado probatorio”¹².

Las máximas de experiencia

Las máximas de experiencia son definidas por Couture como “normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie” (Couture, citado por González, 2006, p.97).

Döhring las define como “aquellas reglas de la vida y de la cultura general formada por inducción, mediante la observación repetida de hechos anteriores a los que son materia de juzgamiento, que no guardan ningún vínculo con la controversia, pero de los que pueden extraerse puntos de apoyo sobre cómo sucedió el hecho que se investiga” (Döhring citado por Correa, 2008, p. 57).

Para Stein, las máximas de experiencia son “definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos” (Stein, 1973, p. 30). A mayor abundamiento: “Las máximas de experiencia no son nunca juicios sensoriales: no corresponden a ningún suceso concreto perceptible por los sentidos, de manera que no pueden nunca ser probadas por la mera comunicación de sensaciones. En cuanto máximas generales pueden ser: definiciones, juicios aclaratorios que descomponen una palabra o un concepto en sus notas constitutivas, o son tesis hipotéticas que expresan las consecuencias que cabe esperar a partir de determinados presupuestos. Las primeras, incluyen una pequeña minoría,

12 Diversos autores hacen referencia a otros tipos de lógicas –distintos de la lógica aristotélica tradicional– para explicar el razonamiento humano y judicial. Así, algunos han planteado la utilidad de trabajar con la llamada lógica borrosa que permite construir procedimientos racionales sobre la base de conceptos vagos, que admiten mayores matices y que se asemejan más a los procesos de toma de decisiones en contextos judiciales. Para revisar esta temática, consultar: Laso, J. (2009). “Lógica y Sana Crítica”. Revista Chilena de Derecho, v. 36, N°1, abril, Santiago, pp. 143-164.

las máximas de experiencia sobre el uso del lenguaje, ya sea en general o en ambientes más específicos (de los comerciantes, de determinadas profesiones, del hampa, etc.) o los significados peculiares de las palabras según el lugar o el dialecto. Las segundas, hacen referencia a que, bajo determinadas condiciones, se repiten como consecuencia los mismos fenómenos” (Stein, 1973, p. 26).

Es importante señalar que, de acuerdo a Stein, la declaración de una experiencia sobre una pluralidad de casos no basta para constituirse en una máxima de experiencia susceptible de ser utilizada como premisa mayor del silogismo judicial, sino que se requiere que podamos afirmar que respecto de los casos futuros, se pueda predicar la misma consecuencia observada en los casos anteriores (Stein, 1973).

Las máximas de experiencia corresponden a generalizaciones empíricas y, por lo tanto, sólo producen conocimiento probable (Correa, 2007). “Se trata de reglas que provienen de la experiencia propia del juez y no se aplica a ellas la prohibición de no admitir otros hechos que los probados en el juicio” (González, 2006, p. 98).

En general y a pesar de los diferentes conceptos transcritos, hay ciertos elementos comunes al definir las máximas de experiencia entre los autores (Castillo, 2006; Oberg, 1985) y que son los siguientes:

- Son juicios, es decir, valoraciones que no están referidas a los hechos materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente.
- Son independientes, pues si bien se generan de hechos particulares y reiterados, a través de un proceso inductivo, se pueden aplicar a otros hechos nuevos.
- Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, por lo que implican una regla que puede ser utilizada por el juez para un hecho similar.
- Carecen de universalidad, pues están restringidas al medio físico en que actúa el juez, nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez posee como experiencia propia. Como consecuencia de esta característica, se señala que algunas máximas de experiencia que tienen un alto grado de elaboración y consenso no requerirán prueba y otras, sí necesitarán ser probadas cuando, por ejemplo, cuenten con escasos datos empíricos (Correa, 2007; Avilés, 2004).

Los conocimientos científicamente afianzados

De acuerdo con el art. 297 del C.P.P., los jueces deben respetar los principios de la lógica, las máximas de experiencia y también los conocimientos científicamente

camente afianzados. Estos últimos son definidos como aquellos conocimientos probados y consolidados que surgen a raíz de la constante investigación de los técnicos de una determinada ciencia (Padilla, sin año, p. 9).

Los conocimientos científicos están conformados por el saber humano proporcionado por las ciencias. Se trata de saberes científicos y técnicos más o menos generalizados, comunes y compartidos como verdaderos por la gran mayoría de las personas que profesan una disciplina (Cerda, 2008).

El conocimiento científico es un saber racional, objetivo, fundado, crítico, conjetural, dinámico, sistematizado, metódico y verificable sobre la realidad. Se trata de un conocimiento obtenido a través del método científico (Cerda, 2008).

En relación con el conocimiento científico, Popper (Gil, 2005) propone una forma de distinguir la ciencia verdadera de las pseudociencias. La ciencia está constituida por teorías susceptibles de ser demostradas falsas poniendo a prueba sus predicciones; las segundas, en cambio, son irrefutables, explican cualquier resultado, incluso aquellos que son contradictorios. Popper plantea un criterio de comprobación para determinar la validez científica que denomina falsabilidad: las teorías científicas son hipótesis a partir de las cuales se pueden deducir enunciados comprobables mediante la observación; si las observaciones experimentales adecuadas revelan como falsos esos enunciados, la hipótesis es refutada. Si una hipótesis supera el esfuerzo de demostrar su falsedad, puede ser aceptada, al menos con carácter provisional. En consecuencia, ninguna teoría científica puede ser establecida de una forma concluyente.

Por otra parte, Kuhn (Gil, 2005) sostiene que la ciencia no es un sistema teórico de enunciados que se desarrolla en la mente de los individuos que se dedican a ella, sino que es una actividad que lleva a cabo una comunidad de científicos, en una época determinada de la historia y en condiciones sociales concretas.

Kuhn incorpora el concepto de “paradigma” para explicar el progreso de la ciencia. Un paradigma es un conjunto de creencias, valores y técnicas compartidas por una comunidad científica. Los científicos trabajan dentro de un paradigma para explicar sucesos y procesos, y en este contexto, pueden encontrar dificultades, que de no ser absorbidas o explicadas por el paradigma, traerá como consecuencia que éste entre en un estado de crisis. Esta situación provocará el desarrollo de un nuevo paradigma que cada vez tendrá más adherentes, y que traerá como resultado el abandono del antiguo paradigma.

Una ciencia madura se rige por un solo paradigma que establece las normas que legitiman el trabajo que se realiza dentro de la comunidad científica respectiva. Es la existencia de un paradigma lo que marca la diferencia entre lo que es ciencia de lo que no lo es. La preciencia se caracteriza por un total desacuerdo y el constante debate en lo fundamental, llegando a establecerse

casi tantas teorías como científicos que se encuentran trabajando en un determinado ámbito.

El conocimiento científico, entonces, presenta las siguientes características, de acuerdo con diversos autores (Cerdeña, 2008):

- Es un saber crítico y fundamentado, ya que debe justificar sus conocimientos y dar pruebas de su verdad.
- Es sistemático, constituyendo un saber ordenado lógicamente, no disperso e inconexo, de manera que permite relacionar los hechos entre sí. Las interrelaciones de los conocimientos es lo que da sentido a las teorías (formulaciones que permiten explicar un fenómeno), que se estructuran en leyes (relaciones constantes y necesarias entre los hechos) y que se representan mediante modelos (representaciones simplificadas de la realidad que muestran su estructura y funcionamiento).
- Es explicativo, a través de las teorías, leyes y modelos.
- Es verificable, es decir, es susceptible de ser comprobado experimentalmente, o al menos contrastado empíricamente.
- Es metódico, ya que no se adquiere al azar, sino que es fruto de rigurosos procedimientos como la observación, la contrastación, la experimentación, etc., que en su conjunto constituyen el método científico.
- Es objetivo, esto es, válido para todos los individuos y no solamente para un grupo determinado de personas; pretende conocer la realidad tal como es.
- Es comunicable, a través de un lenguaje científico, unívoco en términos y proposiciones, que evita las ambigüedades.
- Es racional, pues conoce las cosas mediante el uso de la razón, y
- Es provisorio, ya que no entiende la verdad como algo absoluto, sino que procura más bien la certeza, considerada como una adecuación transitoria del saber a la realidad; el saber científico está en permanente revisión y así evoluciona.

En este punto es necesario tener presente que el art. 297 del C.P.P. se refiere a conocimientos científicamente afianzados, por lo que atendida esta última característica se necesitará determinar en cada caso si se cumple o no con este requisito, teniendo presente que los conocimientos científicos son provisionales, esto es, que se encuentran en constante revisión.

IV. ¿Las personas toman decisiones racionales?

Una vez establecidos los elementos constitutivos de la sana crítica como una clase de sistema para la valoración de la prueba, contrastaremos lo señalado con anterioridad con algunos hallazgos empíricos en materia de toma de decisiones en las personas.

Una decisión es una elección entre posibilidades (Smith y Kosslyn, 2008). La complejidad en la toma de decisiones radica en que muchas veces no se cuenta con toda la información pertinente al decidir, o dicho de otro modo, se decide con ciertos grados de incertidumbre (Limón, M. en Gabucio, F. y otros, 2005).

Las primeras teorías sobre la toma de decisiones datan de mitad del siglo XX y corresponden a modelos económicos y matemáticos (Smith y Kosslyn, 2008), que describen cómo las personas deberían tomar decisiones. Así, el modelo de utilidad esperada aporta una buena primera aproximación a la conducta de toma de decisiones en seres humanos y predice correctamente la mejor decisión, cuando se trata de un sujeto altamente motivado, la situación planteada es sencilla y se cuenta con toda la información pertinente. Este modelo parte de la base que el ser humano es un sujeto racional y al decidir, valora las probabilidades que tienen las posibles alternativas, evalúa las consecuencias, asigna las utilidades, pondera las utilidades por su probabilidad y elige la opción con la utilidad esperada más alta (Smith y Kosslyn, 2008).

Sin embargo, diversas investigaciones demuestran que las personas generalmente no siguen este modelo al decidir, puesto que requiere de una considerable capacidad de procesamiento de la información para abordar los diversos cálculos. Es a partir de los años setenta que se desarrollan teorías que muestran cómo deciden las personas y que revelan que éstas no toman decisiones totalmente racionales (Smith y Kosslyn, 2008). Los individuos son tan racionales como pueden serlo dentro de los límites de su capacidad de atención, memoria operativa y control ejecutivo (Smith y Kosslyn, 2008, p. 408).

Diversos estudios plantean que existen algunas reglas generales, simples y efectivas llamados heurísticos que posibilitan resolver un problema rápidamente, ahorrando un importante esfuerzo cognitivo. Estos son definidos como reglas cognitivas que inconscientemente todo ser humano aplica al procesar la información que recibe del exterior y que permiten reducir las tareas complejas de asignar probabilidad y predecir valores a operaciones de juicio menos simples (Tversky y Kahneman, 1974, citado por Muñoz, 2011, p. 3). Los heurísticos son conceptualizados también como estrategias o procedimientos intuitivos basados en procesos de memoria bastante automáticos, como son los cálculos de similitud o la recuperación de casos en memoria. Los heurísticos permiten que el proceso de asignación de probabilidades y de toma de decisiones sea más rápido y menos costoso que si se realizan los cálculos de los modelos

normativos... pero, a menudo generan errores o sesgos sistemáticos (Tubau, E. y Limón, M. en Gabucio, F. y otros, 2005).

Cuando las decisiones a tomar se basan en situaciones de alta incertidumbre o parcialmente comprendidas, las estrategias deliberadas y controladas son reemplazadas o suplementadas por sistemas más automáticos, implícitos o intuitivos (Smith y Kosslyn, 2008, p. 428). En este sentido, cuando las personas tratan con la incertidumbre se basan en las capacidades cognitivas para recuperar la memoria, para realizar una evaluación por similitud y para imaginar las causas de los acontecimientos (Smith y Kosslyn, 2008, p. 421).

Algunas de los heurísticos más estudiados en relación con este ámbito son los de accesibilidad, representatividad y simulación.

La ilusión de juicio dice relación con la disponibilidad de la información o de la accesibilidad, de modo que cuando se evalúa la probabilidad que ocurra un acontecimiento particular, la persona se basa frecuentemente en la facilidad con la cual se pueden recuperar ejemplares relevantes; el problema radica en que la memoria no entrega registros imparciales de los acontecimientos que ocurren en el entorno. La memoria está influida por la viveza, la relevancia personal, la novedad, las creencias previas y otros factores, como los medios de comunicación, por lo que se suele sobreestimar la probabilidad de acontecimientos muy comentados (Smith y Kosslyn, 2008, p. 421)¹³.

Otro tipo de heurístico que las personas utilizan para juzgar la probabilidad se basa en la habilidad para realizar juicios rápidos de similitud y el hábito para pensar en términos de casos representativos o de casos. La representatividad consiste en asignar casos individuales (objetos, individuos, acciones) a determinadas categorías de acuerdo con el grado de similitud con otros casos ya conocidos (Tubau, E. en Gabucio, F. y otros, 2005). Se trata de un proceso automático, difícil de controlar. El problema radica en que muchas veces los prototipos o categorías preexistentes no son exactos ni recogen otra información pertinente para decidir acerca de la probabilidad de que un suceso o una persona formen parte de una categoría (Smith y Kosslyn, 2008, p. 422; Muñoz, 2011).

Otro heurístico para juzgar la probabilidad se refiere a la confianza en las relaciones causales y los modelos causales simples, a pesar de las dificultades que se presentan para establecer esta causalidad en situaciones complejas¹⁴.

Las anteriores reglas corresponden a heurísticos cognitivos que se refieren al procesamiento, almacenamiento y recuperación de la información,

13 En este mismo sentido, Alvaro y otros, 1996, p. 307; Muñoz, 2011 y, Gabucio, F. y otros, 2005.

14 Para profundizar estas temáticas, consultar, entre otros: Tubau, Elisabet. (2005). "Capítulo 6: Juicios de probabilidad y toma de decisiones" en Gabucio, F. (coord.) (2005). "Psicología del Pensamiento". Editorial UOC, primera edición, Barcelona, España.

pero también es necesario señalar que hay heurísticos sociales y afectivos-emocionales.

Algunos de estos heurísticos se refieren a la representatividad, esto es, a juzgar la probabilidad de que una persona pertenezca a un determinado grupo en base al número de características que comparte con el prototipo (estereotipo) de ese grupo. El heurístico referido a la disponibilidad o accesibilidad que implica juzgar como más probables o frecuentes rasgos o actitudes que están más presentes en la memoria. El error fundamental de atribución que consiste en que se tiende a considerar un determinado comportamiento como consecuencia de un rasgo estable de personalidad, en lugar de interpretarlo como consecuencia de un contexto o situación. El efecto del falso consenso o sesgo egocéntrico por el que las personas se inclinan a sobreestimar el número de personas que harían lo que cada uno de nosotros hacemos. La vigilancia automática que conlleva a prestar más atención y sobreestimar la información social negativa (comportamientos no bien vistos socialmente). Rumiar, pensar demasiado entendidos como la propensión a valorar más negativamente las circunstancias o situaciones para las que se dispone de más tiempo o de más información provista por otras personas. La polarización de las opiniones o creencias que consiste en la inclinación a extremar las opiniones y creencias compartidas por el grupo (Limón, M. en Gabucio, F. y otros, 2005).

En este punto, es indispensable referirse a dos constructos desarrollados en Psicología y que juegan un rol fundamental al tomar decisiones en las relaciones interpersonales.

Estereotipos y prejuicios

Los estereotipos son “constructos cognitivos que hacen referencia a los atributos personales de un grupo social” (Morales, 1999, p.88).

Allport define el estereotipo como “una creencia exagerada que está asociada a una categoría. Su función es justificar (racionalizar) nuestra conducta en relación a esa categoría” (1977, p. 215).

Un elemento esencial y que interesa aquí resaltar dice relación con el hecho que “el estereotipo consiste en la tendencia a percibir a los miembros de un grupo sin tener en consideración las diferencias individuales” (Alvaro y otros, 1996, p. 303).

Los estereotipos cumplen importantes funciones individuales y sociales. Las primeras se refieren a la necesidad de simplificar y sistematizar la enorme cantidad de información que cada persona recibe en cada momento. Además cumplen con una función de defensa de los propios valores. En cuanto a las funciones sociales, la literatura señala que permiten explicar acontecimientos a gran escala, justificar actos cometidos o planeados contra los exogrupos, gene-

rar una diferenciación positiva a favor del endogrupo, ejercer una función de control social, y defender un determinado sistema social (Morales, 1999).

Un prejuicio puede ser definido como una actitud negativa hacia un exogrupo (Alvaro y otros, 1996, p. 297) o, como “una actitud hostil o prevenida hacia una persona que pertenece a un grupo, simplemente porque pertenece a ese grupo, suponiéndose por lo tanto que posee las cualidades objetables atribuidas al grupo” (Allport, 1977, p. 22). Un elemento central del prejuicio dice relación con su carácter negativo.

Algunos autores (Lippmann, 1922) consideran que el prejuicio tiene diversos elementos: Cognitivos, esto es, se hacen atribuciones, se tienen expectativas negativas respecto de otros. Afectivos, en cuanto supone desprecio o desagrado, miedo y aversión respecto del grupo o persona objeto del prejuicio. Conductuales, se expresan a través de variadas formas de conducta hostil o discriminatoria.

Uno de los aspectos más complicados del prejuicio se refiere al hecho que una vez establecido se retroalimenta a sí mismo; por ello es difícil cambiarlo, incluso ante evidencias que lo contradigan (Alvaro y otros, 1996; Allport, 1977).

V. Análisis de dos fallos de Tribunales Orales en lo Penal en materia de delitos sexuales

En este apartado y a la luz de lo señalado en las líneas anteriores, se analizarán dos sentencias definitivas absolutorias dictadas por Tribunales Orales en lo Penal recaídos en juicios orales en los que la Fiscalía acusaba por delitos sexuales.

El primero de estos fallos fue dictado el 27 de octubre de 2008, por el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, RUC 0700594857-0, RIT 362-2008. En este caso, el tribunal absolvió al acusado del delito de abuso sexual, por estimar que no había adquirido convicción en cuanto a la existencia de los hechos fundantes del ilícito penal objeto de la acusación formulada por el Ministerio Público.

Los hechos de la acusación eran los siguientes: *“En horas de la madrugada del día 4 de agosto de 2007, o en una fecha próxima a ella, al interior del domicilio ubicado en calle....de la comuna de..., el imputado se introdujo en la cama que dormía la menor..., de 13 años de edad a la fecha,...., de cuya guarda y cuidado se encontraba encargado, y efectuó tocaciones con sus manos en los pechos y en la vagina de la menor, por debajo de la ropa que ésta vestía, mientras ella dormía, cesando su acción al despertar la menor”.*

El tribunal fundamentó su decisión absolutoria sobre la base de una serie de consideraciones que, en definitiva, restaron validez al testimonio de la víctima y que se consignaron en el considerando octavo del fallo. Para realizar el análisis del razonamiento judicial que condujo a esta decisión, se revisarán las diversas afirmaciones en que se basó la misma:

a) El relato no es completamente concordante pues la niña señaló que se despertó para ir al baño y se dio cuenta de las tocaciones, luego volvió a la cama y se acostó en la cama de abajo, pero no supo explicar cómo despertó en la litera de arriba. Lo lógico es que si la víctima se despertó por las tocaciones o para ir al baño, debió haberse despertado también en caso de un movimiento de traslado a la litera superior.

El tribunal hace referencia a los principios de la lógica que, en general, se definen como “la ciencia que estudia las formas válidas de razonamiento, independiente de su contenido” (Gabucio, F., 2005). No obstante lo consignado en el fallo, pareciera que en realidad el tribunal más que a la lógica acude a las máximas de experiencia, definidas como “aquellas reglas de la vida y de la cultura general formada por inducción, mediante la observación repetida de hechos anteriores a los que son materia de juzgamiento, que no guardan ningún vínculo con la controversia, pero de los que pueden extraerse puntos de apoyo sobre cómo sucedió el hecho que se investiga” (Döhring citado por Correa, 2008, p. 57).

Como se indicó en el apartado III, las máximas de experiencia sólo producen conocimiento probable, por lo que es perfectamente posible encontrar situaciones en las que las afirmaciones del tribunal no se apliquen.

b) El tribunal señala que lo esperable, aunque no sea una regla absoluta, es que al momento de ir al baño y al ver un televisor encendido en la pieza de su tía, la víctima debió haber manifestado de inmediato a ésta los hechos acontecidos y no al día siguiente.

Esta afirmación es contraria a los conocimientos científicamente afianzados puesto que es bien sabido que, en materia de delitos sexuales y especialmente cuando éstos se dan en un contexto intrafamiliar, es habitual que la denuncia no se realice inmediatamente de acontecidos los hechos, sino que tiempo después (Echeburúa y Guerricaechevarría, 2000; Barudy, 1998; Perrone y otro, 1997). En este caso particular, se suman otras variables que podrían explicar la supuesta demora de la víctima en revelar a su tía lo acontecido: el acusado era quien tenía la guarda y cuidado de la niña pues ésta era huérfana y sus tíos la habían sacado de un hogar. Sin lugar a dudas, para la víctima no debió ser fácil denunciar a quien la había recibido en su familia.

c) Además, el tribunal considera que no resulta explicable que habiendo ocurrido los hechos en una litera a corta distancia de otra, en la que dormían los

hijos del acusado, mayores de edad, éstos no se hubieran percatado del movimiento y de las tocaciones.

En este punto, pueden encontrarse también otras explicaciones razonables para entender lo acontecido como por ejemplo que los hijos del acusado tenían un sueño profundo, etc.

d) El tribunal sostiene que la denunciante y una vecina declararon que la víctima había tenido un comportamiento cuestionable en relación a su edad y que los hechos que ella refirió no les parecían creíbles.

Especial relieve cobra para el tribunal lo declarado por la tía de la víctima quien la tenía a su cuidado. La denunciante señala que primeramente creyó a la víctima, a consecuencia de lo cual denunció, pero que luego dejó de creerle, estimando que todo era una manipulación de la niña para destruir a su familia y a su matrimonio. El tribunal consigna que la denunciante cambió de opinión porque una vez desde el colegio le gritaron que todo era mentira, y porque la víctima luego de la denuncia continuó diciendo que veía al acusado pero que ella se había enterado que éste estaba trabajando en Coronel, según le comentó una persona que no individualizó en el juicio.

A raíz de lo anterior, el tribunal considera que no cabe esperar una actitud negativa a su respecto, indicando que la víctima era para ella como una hija más.

En relación con este cambio en la declaración de la denunciante, lo afirmado por el tribunal también contradice los conocimientos científicamente afianzados. La literatura especializada (Echeburúa y Guerricaechevarría, 2000; Malacrea, 2000) indica que es común que los adultos protectores¹⁵ sean ambiguos respecto de la revelación de delitos sexuales cometidos en contexto intrafamiliar, puesto que el apoyo a la víctima supone perder a la pareja y muchas veces también a la familia. En definitiva, la falta de apoyo a la víctima o la ambivalencia del adulto protector se explican en el contexto familiar como una forma de lograr la homeostasis del sistema o, dicho de otro modo, su permanencia en el tiempo. Lo anterior se acentúa en este caso, puesto que la víctima no era siquiera hija de la denunciante.

Es importante destacar que la denunciante no dio razón de sus dichos en lo que dice relación con la persona que le gritó que todo era mentira ni acerca de la persona que le dijo que su marido estaba trabajando en Coronel. En definitiva, se desconoce la fuente de esta información así como su certeza, a pesar de lo cual el tribunal dio crédito a lo indicado por la denunciante sobre este punto.

¹⁵ Entendido como aquél que no cometió el delito sexual y que debería proteger a la víctima ante la revelación.

La denunciante agregó en su declaración que la víctima tenía un mal comportamiento en el colegio, que no asistía a clases, que estaba pololeando, que salía a fiestas y que vendía los besos, por lo que ella dedujo que la niña quería más libertad. Es importante relevar que en el juicio oral declaró la asistente social que atendía a la víctima mientras ésta se encontraba en un hogar y que luego tuvo a su cargo a la familia guardadora de la víctima. Esta testigo indicó que ella recibió a la niña y a su tía, quien le narró los hechos materia del juicio. La asistente social tenía una buena opinión de la víctima en el plano escolar, en el sentido que ésta era una buena alumna (promedio 6,2), una líder positiva en su curso, con asistencia regular. Esta testigo declaró que la niña había señalado que no estaba cómoda en la casa de sus tíos por situaciones de violencia intrafamiliar que afectaban a la familia y por el consumo abusivo de alcohol de parte del acusado. Las razones por las que el tribunal creyó más a la denunciante que a la víctima y a la asistente social en el plano de su desempeño escolar se desconocen, puesto que no quedaron consignadas en el fallo.

e) En cuanto a lo declarado por una vecina, ésta señaló que la víctima era una niña que no se podía controlar, que se acercaba a los niños y que se sentaba en sus piernas, y que siempre fue muy coqueta, especialmente con la pareja de la testigo. Respecto a este punto, se tratará más adelante.

f) La perito psicóloga que realizó una pericia de credibilidad del testimonio de la niña concluyó lo siguiente: Al contar la víctima lo sucedido a su tía, ésta encaró al acusado y le pidió que saliera de la casa, lo que así sucedió. La víctima en la entrevista pericial señaló que estaba aburrída con el tema y manifestó su molestia e incomodidad. El relato de la víctima era más bien creíble; esta última afirmación provocó que el tribunal pidiera aclaraciones, señalando la perito que el relato no necesariamente era verdadero, sino que sólo evidenciaba que los dichos reunían algunos de los criterios que eran esperables en casos de declaraciones veraces, se trataba de un relato probablemente creíble. En cuanto al daño, no se podía precisar el evento pretérito que lo generó y, que la menor presentaba tendencias suicidas y alteraciones conductuales relacionadas a un actuar impulsivo.

En cuanto a la declaración de la perito psicóloga consignada en el fallo, ésta declaró que la menor tenía un relato más bien creíble, sin presiones de terceros, que tenía daño emocional asociado y que éste podía tener su origen también en situaciones vivenciadas en forma previa.

Ahora bien, el tribunal señala en el considerando noveno que: *“es trascendente tener presente lo dicho por testigos familiares o vecinos que han declarado en estrados, todos deponentes que, atendidas las características especiales de la menor, convienen en poner en duda la veracidad de los asertos de la misma, aportando antecedentes de su vida y de su conducta que, si bien no inciden directamente en los hechos discutidos, sí resultan hábiles para los efectos de la acreditación de su testimonio y de la certeza que del mismo dimana”*.

¿A qué se refiere el tribunal con la expresión “características especiales de la menor” y los “antecedentes de la vida y de la conducta de la niña” que restan credibilidad a su relato? ¿Estos antecedentes dicen relación con la situación que la víctima señaló en juicio respecto a que además de los hechos investigados, fue abusada sexualmente a los 4 y 7 años y, que había estado en hogares desde los 7 u 8 años? ¿O estas afirmaciones corresponden a lo declarado por testigos en el juicio sobre el hecho que la víctima habría dado besos a una persona mayor a cambio de besos o recompensas o, que se sentaba en las piernas de los niños y que era coqueta con los hombres? Lamentablemente, no es posible contestar estas interrogantes, puesto que el tribunal no se pronunció explícitamente sobre el particular en la fundamentación del fallo.

Sin embargo, hay indicios que el tribunal se refiere a estos aspectos al fundamentar su escepticismo respecto de la declaración de la víctima y que infieren de las afirmaciones analizadas en los párrafos anteriores. De ser así, el razonamiento judicial se funda en creencias previas acerca de la credibilidad del relato de los niños que han sido abusados varias veces en su vida o, que han vivido en hogares de protección al denunciar situaciones de victimización sexual.

El razonamiento del tribunal tampoco queda claro en sus referencias al supuesto comportamiento sexual anterior de la víctima, en el sentido que ésta era “promiscua” o más “liberal”. En este caso particular hay que recordar que la víctima tenía 13 años cuando ocurrieron los hechos denunciados, por lo que carece de relevancia esta conducta previa y, por cierto, son los adultos que interactuaban con ella los que no debieron aceptar este tipo de conductas, pues ellos tenían la responsabilidad y el control de la situación.

El segundo fallo que se analizará fue dictado el 23 de mayo de 2011, por el Tribunal Oral de Concepción, RUC 1000600172-1, RIT 148-2011. En este caso, el Ministerio Público acusó por los siguientes hechos: *“El día 5 de junio del año 2010, en horas de la noche en un sector cercano a la plazoleta existente en Villa..., comuna de..., el acusado... procedió a realizar actos de relevancia y significación sexual en contra de la menor..., nacida el 5 de septiembre de 1996, actos consistentes en efectuarle tocaciones en sus pechos para posteriormente accederla carnalmente vía vaginal hasta eyacular”*. El Ministerio Público calificó los hechos como un delito de violación de menor de edad del artículo 362 del Código Penal. En el curso del juicio, se acreditó también que la víctima quedó embarazada y tuvo un hijo producto de los hechos denunciados.

El voto de mayoría del tribunal tuvo por acreditados los siguientes hechos en el considerando noveno: *“Que en horas de la noche del día 5 de junio de 2010, en la comuna de..., en las cercanías de una plazoleta de la población..., el acusado mantuvo relaciones sexuales, vía vaginal con la menor..., nacida el 5 de septiembre de 1996, desconociendo que la referida menor tenía menos de 14 años de edad”*.

Lo primero que llama la atención en este fallo es que no obstante ser irrelevante a efectos jurídico penales el análisis del “consentimiento” de la víctima en la interacción sexual con el acusado, el voto de mayoría se dedicó en extenso a fundamentar que la víctima “consintió” en mantener relaciones sexuales con el acusado en el considerando décimo.

Este punto si bien es cierto no tiene trascendencia jurídico penal al momento de tipificar el delito de violación de menor de edad del artículo 362 del Código Penal, entrega algunos indicios acerca de la idea que se formó el voto de mayoría respecto del comportamiento de la víctima y de la dinámica de los hechos: la víctima se sintió atraída sexualmente por el acusado y quiso interactuar en este ámbito con él. En este orden de ideas, el tribunal destacó que al momento de los hechos la víctima tenía 13 años y 9 meses de edad, que la niña se ofreció voluntariamente a acompañar al acusado a comprar más trago, alejándose del grupo en el que compartían y, que la víctima encontraba al acusado muy simpático y amable con ella.

Sin perjuicio de lo anterior, el voto de minoría que estuvo por condenar al acusado como autor del delito de violación de menor de edad, señaló que la víctima mantuvo un relato sostenido en el tiempo en el sentido que mantuvo relaciones sexuales con el acusado, contra su voluntad, ya que éste la sujetó fuertemente de los brazos, sin que pudiera soltarse y que éste le señaló además que no debía contarle a nadie, porque ambos se perjudicarían. El voto de minoría agrega que cuando la víctima relató los hechos denunciados se mostró visiblemente afectada, enfatizando su desesperación al no haber podido impedir esta interacción sexual.

El voto de mayoría absuelve al acusado indicando en el considerando duodécimo que: *“existen razones más que suficientes para considerar que es plausible que el acusado haya pensado que el día de los hechos mantenía una relación sexual, consentida y voluntaria con una persona mayor de 14 años, y por lo mismo incurrió en un error de tipo, en cuanto a la edad de la menor.... Es posible considerar que el error del enjuiciado pudo ser motivado por las circunstancias y ambiente en el cual conoció a la supuesta ofendida, pues compartía con ese grupo de amigos y la víctima se comportaba como una persona adulta, a que ese día accedió y se ofreció a salir a comprar con él, sin manifestar oposición a lo que entre ellos ocurría, desde que previo a mantener una relación sexual, estuvieron dialogando en un lugar más alejado de donde se encontraba el resto del grupo, el saber que antes ella había pololeado con otro integrante del grupo de aproximadamente 19 años de edad, el mismo aspecto físico y estatura de la menor, que en opinión del tribunal, no era decidor para afirmar que la víctima tuviera 13 años, por todo lo cual pudo parecerle que ella tenía más edad de la que efectivamente tenía, sin que aparecieran a simple vista elementos que le permitieran inferir que no era así, tanto por su comportamiento como por el ambiente y contexto en que se desarrolló la dinámica de esa noche como de las veces anteriores en que habían compartido en la calle o en casa de amigos, puesto que a todas luces, las características de la joven distaban de las normales o naturales a una*

niña menor de 13 años o 14 años, siendo en definitiva estas circunstancias las que lo llevaron a actuar como lo hizo y siempre con el consentimiento de la menor... En las particulares condiciones que se han indicado, la conclusión es que de acuerdo a la normalidad de las cosas,... la edad de la víctima, no aparece en forma alguna, que el acusado..., supiera, tuviera algún antecedente o simplemente se le hubiera advertido que tenía 13 años y nueve meses de edad al 5 de junio del año pasado; circunstancia por lo demás, que cronológicamente se encuentra al límite del establecido por el legislador y dado el contexto y el ambiente en que se desarrollaron los hechos...”

El voto de mayoría fundamenta la anterior decisión en una serie de afirmaciones que se desglosan a continuación y que se contraponen con lo afirmado por el voto de minoría:

a) El acusado señaló en juicio que desconocía que la víctima era menor de 14 años, pensaba que tenía 16 años, pues se veía mayor, por la estatura de la joven, ya que ésta le llegaba un poco más abajo de su hombro.

Esta afirmación no parece ir en armonía con las máximas de experiencia, todos sabemos que el aspecto físico no es una cuestión decisiva al momento de establecer la edad de una persona. Además, la víctima fue observada por el tribunal prácticamente un año después de acontecidos los hechos, habiendo sido en el intertanto madre; situación que genera un desarrollo corporal mayor en la mujer.

En relación con este punto, el voto de minoría indica que la víctima accedió a acompañar al acusado a comprar unas bebidas, mientras compartían con un grupo de amigos, con quienes se conocían desde hacía bastante tiempo. La víctima indicó que este grupo se juntaba en las noches en una plaza de la comuna a compartir, conversar y los hombres a beber, que ella y su tía eran las únicas mujeres del grupo y que ambas eran menores de 13 años; circunstancia que era conocida por el resto del grupo, ya que le decían “pendeja”, no la dejaban salir sola y sus amigos siempre la iban a dejar a su casa junto a su tía y que durante el año 2010, la víctima pololeó con un joven del grupo, con quien tenía una diferencia de edad de 4 o 5 años; circunstancia que era conocida de los demás y razón por la cual la relación no prosperó.

b) El contexto en el que se da esta interacción sexual, esto es, que se trataba de un grupo de amigos que se reunían en la calle o en una plazoleta los fines de semana a compartir y a beber, no obstante que la víctima y su tía no tomaban ni fumaban al ser menores de 14 años. Si bien algunos de los amigos declararon en juicio en el sentido de indicar que todos sabían que la víctima era menor de edad, y que en este grupo participaba el acusado. Sin embargo, el tribunal señaló que nadie dijo explícitamente al acusado que la víctima era menor de 14 años. A lo anterior, se agregó el hecho que la víctima pololeó con uno de los jóvenes de este grupo, que era mayor de edad.

El voto de minoría indica que la víctima señaló varias ocasiones, por lo menos tres veces, en que se juntó con el acusado, salieron a fiestas, conversaron y compartieron, al igual que con el resto del grupo, tanto en la plaza de la comuna como en el domicilio de uno de los amigos, lo que sucedió al menos dos veces más. El acusado se había enterado que iba en octavo básico en el año 2010 y que tenía 13 años de edad, pues éstas son preguntas que siempre se hacen cuando se conoce a una persona. Además, como había pololeado con un amigo del grupo, todos conocían su edad.

c) La víctima no le habría contado al acusado que tenía menos de 14 años, pues a pesar que ella señala que sí lo hizo; tal circunstancia no quedó consignada en su declaración en la fiscalía y el tribunal no creyó que el fiscal no le hubiera preguntado tal cuestión, por la relevancia penal que la edad tiene en estos casos.

d) El voto de mayoría agrega sobre este punto que lo más lógico es que las personas traten de aparentar más edad de la que realmente tienen, y por lo mismo al decir su edad, se indiquen más años de los que realmente se tienen; más aún tratándose de una joven que ya había pololeado con un joven mayor que ella.

Nuevamente el tribunal hace una referencia a la lógica, aunque del tenor del texto pareciera que se trata más bien de las máximas de experiencia con las limitaciones que sobre el particular ya se han apuntado en párrafos anteriores.

e) El voto de mayoría considera una serie de circunstancias de hecho que inciden en la decisión a la que se arriba, como es el contexto que rodea al acusado, la víctima y su grupo de amigos, la actitud o comportamiento de la propia menor y su familia, que naturalmente distan mucho de las circunstancias y actitudes que han de rodear a una niña de 13 años de edad, y que por el contrario, son propias de una persona mayor de edad. Estos antecedentes corresponden al hecho que la víctima se juntaba los fines de semana a compartir con un grupo de amigos, que en general eran mayores de edad que ella, que tales reuniones eran realizadas en la calle o plazas a altas horas de la noche y de la madrugada, que la víctima había pololeado anteriormente con un joven aproximadamente de 19 años de edad, es decir, 5 o 6 años mayor que ella; relación de la cual tuvieron conocimiento sus familiares así como también de las salidas que efectuaba la niña junto al grupo de amigos, por lo que evidentemente contaban con su aprobación; todo lo cual fue observado por el acusado en las oportunidades que compartió en el grupo.

f) El voto de mayoría consigna lo declarado por la perito psicóloga Patricia Condemarín quien realizó una metapericia de un informe pericial de credibilidad del testimonio de la víctima no presentado por la Fiscalía en juicio oral: *“una persona no puede considerarse niño, sólo por su edad, desde un punto de vista cronológico, sino que deben considerarse sus motivaciones e intereses. En*

este caso, la víctima se relaciona con otros adolescentes y al aparecer establece una relación de paridad, se queda tarde con amigos, pololea con un joven de 19 años de edad por unos dos o tres meses, con el cual sigue siendo amigo, por lo que no tiene intereses de una púber, sino orientada a los del grupo adolescente, dando cuenta además que en general las niñas inician ciertas conductas más o menos maduras respecto del sexo masculino, no siendo extraño que una niña de 10 años tenga interés en el sexo opuesto antes que un niño de dicha edad, manifestando igualmente que existen investigaciones sobre el inicio de la sexualidad en Chile, que contradicen el límite legal de los 14 años, por lo que hay una contradicción con el derecho... Por lo anterior, señaló que la diferencia cronológica entre una mujer de 13 años y 9 meses y una de 14 años no es relevante para la psicología, y por ello... la responsabilidad del consentimiento debiera ser individual y no cronológica, agregando que no es extraña la dinámica en que algunos niños menores de 14 años son más agrandados que sus pares y buscan relaciones de pololeo o amistad con jóvenes de mayor edad...”.

El tribunal recoge lo declarado por la perito e indica, en el mismo considerando décimo tercero que: *“..., en cuanto al contexto en que se desarrollaron los acontecimientos, la relación de la víctima con jóvenes de mayor edad, pero con los cuales interactuaba a la par puesto que acostumbraba a juntarse, con anuencia y permiso de sus padres, con un grupo de jóvenes con quienes mantenía una relación de absoluta confianza, ya que a pesar de su edad, salía de noche, a altas horas de la madrugada, a conversar y compartir, en la calle, o en una plaza de la comuna, con jóvenes cuyos intereses eran distintos y cuya madurez queda a la vista desde que todos eran mayores de edad, por lo tanto la edad de la menor, no sólo se define a partir de su edad cronológica, que bien puede no haber sido conocida de sus pares y especialmente del acusado, sino a partir de sus gustos, intereses, motivaciones y conductas adoptadas en cada ocasión”.*

El voto de minoría indica que la víctima declaró que accedió a salir a comprar voluntariamente con el acusado, porque jamás pensó que pasaría lo que sucedió y además porque él era muy simpático con ella, como que la protegía del resto del grupo cuando le decían alguna cosa, lo cual hacía que se sintiera protegida por él y que tanto los testigos de cargo como de la defensa declararon en el mismo sentido, esto es, que la víctima y su tía eran las menores del grupo, lo cual les constaba porque siempre se juntaban, existía entre todos los amigos mucha confianza, lo que permitía que a las niñas las autorizaran a salir con ellos, a pesar de la diferencia de edad y que el acusado se juntaba con ellos casi todos los sábados, desde hacía por lo menos dos meses y conocía a las niñas.

El voto de minoría considera que la defensa no fundó su alegación acerca de la concurrencia del error de tipo en hechos concretos y fácticos, siendo que la prueba presentada en juicio permitía concluir que el acusado y la víctima se conocían desde hacía tiempo, salían juntos, compartían con el resto del grupo, con quienes todos mantenían una relación de confianza, por lo que lo menos que podía conocer era su edad, salvo que la menor hubiera querido ocultarla, lo que no fue acreditado y por el contrario, tanto ella como los testigos de

cargo y de descargo señalaron que conocían la edad de la víctima y, por lo tanto, la conocía también el acusado. Si éste tuvo alguna duda al respecto, esta situación no bastaba para excluir el elemento cognitivo del dolo y considerando la madurez, experiencia y edad del acusado, éste pudo haber superado una eventual ignorancia o error en relación a la edad de la menor, empleando el debido cuidado. Por lo tanto, el supuesto error alegado por la defensa ni siquiera podía calificarse de evitable y por ende no excluía la tipicidad subjetiva que se le pudiese atribuir.

¿Cómo se explica que tres jueces que presenciaron la misma prueba la valoren de forma tan distinta? ¿Qué hace que unos crean a la víctima y otro no?

Al aparecer, el razonamiento del voto de mayoría está fundado en algunas ideas preconcebidas acerca de las circunstancias y actitudes que deben rodear a una niña de 13 años de edad y que, en su opinión, son propias de una persona mayor de edad. Especial relevancia cobra aquí el hecho que la niña saliera de noche, con jóvenes mayores de edad, que pololeara con un joven mayor de edad y que todo esto fuera con conocimiento y anuencia de sus padres.

Hay algunos indicios en el fallo respecto al hecho que el voto de mayoría funda su decisión en algunos estereotipos acerca del comportamiento de las niñas menores de 14 años en el sentido que éstas tienen que estar temprano en sus casas, bajo la protección de sus padres, relacionándose con personas de su edad, y que al no estar presentes en este caso particular hacen desestimar el relato de la víctima.

VI. Consideraciones finales

A lo largo de este artículo, se ha abordado la temática relacionada con la racionalidad de las decisiones judiciales como un componente fundamental de éstas. Esta racionalidad se considera un requisito indispensable en las resoluciones judiciales para garantizar un control social del ejercicio de la función jurisdiccional y, en consecuencia, una manera de salvaguardar el Estado Democrático de Derecho.

Una de las manifestaciones de esta racionalidad se refiere a la valoración de la prueba. Como es bien sabido, el ordenamiento jurídico procesal penal chileno consagra la libre valoración de la prueba por parte de los jueces, pero establece como límites: los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Estos conceptos son difíciles de definir y, aunque presentan algunos elementos comunes en la delimitación y alcance de su significado muestran un dinamismo continuo.

Ahora bien, estos límites legales a la valoración de la prueba corresponden a una exigencia impuesta por el legislador a los jueces al momento de valorar la prueba rendida en juicio, para estimar que la resolución judicial ha sido

tomada conforme a Derecho o, dicho de otro modo, que es racional. Si se deja el plano normativo y se revisan las investigaciones que en el área de la Psicología, de la Economía y de otras ciencias empíricas se han realizado acerca del proceso de toma de decisiones en las personas, se encuentran hallazgos que plantean que la racionalidad no es precisamente una característica intrínseca de estos procesos; sobre todo en aquellos casos en los que se decide con altos grados de incertidumbre o sin contar con toda la información pertinente.

En estas situaciones, las personas suelen utilizar ciertos “heurísticos” que les permiten resolver rápidamente un problema, ahorrando un importante esfuerzo cognitivo. La dificultad que presentan estos heurísticos es que a menudo generan errores o sesgos sistemáticos. Este inconveniente también se plantea en la toma de decisiones en sede judicial.

La referencia a la influencia de estereotipos en la toma de decisiones por parte de los jueces es reconocida por juristas y jueces en el ámbito nacional, especialmente, en aquellos casos en los que no es posible acudir a los principios de la lógica o a los conocimientos científicamente afianzados^{16 17}.

16 En este sentido, Coloma y otros (2010): “Hipótesis (descriptiva) 2... Las lagunas de información y la tensión entre puntos de vistas rivales y contradictorios son abordados recurriendo al sentido común (esto es, tomando en cuenta cómo normalmente ocurren las cosas) y a la preferencia de ciertos discursos sobre otros porque cuentan con soportes especialmente prestigiosos (como la ciencia o la lógica). A falta de ambos, los jueces suelen verse influidos por estereotipos en los que puede hacerse calzar ya sea a la víctima o al acusado”. En el mismo sentido, Coloma, Pino y Montecinos, 2009.

17 Fallo ICA Rancagua, Rol 272-2005, de 23 de noviembre de 2005, conociendo un recurso de nulidad interpuesto por la Fiscalía fundada en una infracción a la causal contenida en el art. 374 e) del C.P.P. El voto disidente hace referencia a que los fundamentos del fallo recurrido hay “prejuicios (definidos como ideas preconcebidas), fundantes en falsos silogismos (v.g. la víctima mintió alguna vez a sus padres, la víctima es mendaz para describir el delito... (los jueces afirman que no pudieron convencerse de que la víctima (menor) fuera subjetivamente verosímil en su relato, por factores puramente subjetivos y desarraigados de las más elementales normas de la lógica y experiencia. Una cosa es deducir una mala relación previa de la menor con el acusado y su familia, porque le eran impuestas reglas estrictas en su casa a la menor afectada, o porque habría existido una situación de celos fraternos con una de las hijas del acusado y su propia hermana, conclusión ésta que incumbe a la esfera del establecimiento fáctico sobre el cual no existe control de instancia para esta Corte: pero otra totalmente distinta y abusiva es colegir, a partir de ello, que tales hechos sin duda debieron molestar a dicha menor en términos de afectar su testimonio en un atentado sexual verificado en su contra. En igual exceso se incurre cuando se infiere de la existencia de un cuaderno (o diario de vida) de la menor, en que relata con liberal intimidad sus fantasías eróticas muy propias de la edad adolescente, según el conocimiento científico divulgado, una tendencia fabuladora de su parte. Dicha confusión del rol del tribunal se aprecia, reiteradamente,..., cuando, por ejemplo, se intenta introducir dudas en los asertos periciales, claros y contundentes en cuanto a la veracidad de la víctima; o al interpretar subjetivamente las gestualidades y reacciones emocionales de la menor al declarar ante el tribunal; o al referirse a hechos anteriores no judiciales que sin embargo sirven de sustento para restarle credibilidad judicial a la deponente; o al desvirtuar el propio testimonio de ésta con la sola herramienta de la suposición...”.

Teniendo en cuenta que, al parecer es imposible estar totalmente ajeno a estos heurísticos, que muchas veces se traducen en estereotipos y prejuicios que condicionan una decisión, lo más aconsejable para los intervinientes, es tener conocimiento acerca de las creencias del tribunal, especialmente, las religiosas y las valóricas que son las que influyen sustancialmente en las decisiones (Coloma y otros, 2010).

En cuanto a los jueces, parece ser altamente conveniente que manifiesten sus creencias en las deliberaciones y en el fallo pues sólo cuando se explicitan es posible contrastarlos o refutarlos por parte del resto de los integrantes del tribunal y, por otro lado, sólo si se deja constancia de ellas en el fallo pueden ser objeto de control externo por parte de los intervinientes^{18 19}.

Como una forma de mitigar esta situación, Coloma y otros (2010, p. 25) plantean como mecanismo de solución que: “la integración del tribunal puede llegar a constituir un factor que facilita o disminuye posibles sesgos en los jueces y que llega a manifestarse en las sentencias que dictan. En ese sentido, en juicios en que las variables de género, étnicas o religiosas pudieren ser relevantes para construir cierta representación acerca de cómo las personas habitualmente actúan, es importante que la composición del tribunal resulte variada. ¡No basta con un esfuerzo personal de indiferencia ante ciertos factores que históricamente han resultado claves para los tratos discriminatorios con ciertos grupos!”.

VII. Referencias bibliográficas

- Accatino, D. (2006). “La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico”. *Revista de Derecho*, Vol. XIX, N°2, Diciembre, Valdivia, pp. 9-26.
- Accatino, D. (2010). “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios” en “Formación y Valoración de la prueba en el proceso penal”, Accatino, D. (coordinadora), AbeledoPerrot LegalPublishing, Santiago, pp. 119-143.
- Allport, G. (1977). “La naturaleza del prejuicio”. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina.

18 Uno de los jueces entrevistados en Coloma y otros (2010, p. 26) señala que “todos respondemos desde nuestra historia de vida y es evidente que nuestra historia personal no es neutra y de alguna manera condiciona nuestra forma de aproximarse a los problemas jurídicos que se nos pide resolver”.

19 “...en una de las discusiones se sugirió la importancia que los jueces estuviesen sensibilizados y fuesen conscientes respecto del uso de estereotipos, e incluso se sugirió que su mención en la sentencia permitiría un mayor control social de la fundamentación” en Coloma y otros, 2010, p. 47, nota 44.

- Alonso Gallo, J. (2011). “Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal”. InDret, Revista para el Análisis del Derecho, 4, Barcelona.
- Alvaro, J., Garrido, A. y Torregrosa, J. (1996). “Psicología Social Aplicada”. McGraw-Hill, Madrid.
- Avilés, L. (2004). “Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional”. Revista de Estudios de la Justicia, N°4, pp. 177-195.
- Barudy, J. (1998). “El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil”. Editorial Paidós, Barcelona.
- Baytelman, A. y Vargas, J. “La función del juez en el juicio oral”. Textos de Docencia Universitaria, Universidad Diego Portales, sin año.
- Baytelman, A. (2000). “La fundamentación de la sentencia penal en el juicio oral en el Nuevo Proceso Penal”, Cuadernos de Trabajo, Universidad Diego Portales, N°2, Santiago de Chile, pp. 195-203.
- Calamandrei, P. (1945). “Estudios sobre el proceso civil”. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- Cerda, R. (2008). “Valoración de la prueba. Sana Crítica”. Librotecnia Editorial.
- Coloma, R., Carbonell, F., Alfaro, C., Avilés, L., Báez, D., Bugueño, C., Jorquera, M., Olave, M., Rivera, V., Soto, C. y Toledo, J. (2010). “Nueve jueces entran en diálogo con nueve hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal”. Revista Ius et Praxis, Año 16, N°2, pp. 3-56.
- Coloma, R. (2010). “El debate sobre los hechos en los procesos judiciales” en “Formación y valoración de la prueba en el proceso penal”, Accatino, D. (coordinadora), AbeledoPerrot LegalPublishing, Santiago, pp. 87-117.
- Coloma, R., Pino, M. y Montecinos, C. (2009). “Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXIII, Valparaíso, Chile, 2do Semestre, pp. 303 – 344.
- Correa, J. (2007). “La prueba en el proceso penal”. Punto Lex Editorial.
- Echeburúa, E. y Guerricaichevarría, C. (2000). “Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. Un enfoque clínico”. Editorial Ariel, primera edición, Barcelona.

- Fariña, F. y Arce, R. (1997). "Psicología e Investigación Judicial". Fundación Universidad-Empresa, Madrid. Capítulo: Investigación sobre toma de decisiones judiciales.
- Ferrer, J. (2010). "La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana" en "Formación y Valoración de la prueba en el proceso penal", Accatino, D. (coordinadora), AbeledoPerrot, Legal Publishing, 1ª edición, enero.
- Framarino dei Malatesta, N. (1988). "Lógica de las pruebas en materia criminal". Vol 1, 4ª edición, Editorial Temi S.A., Bogotá, Colombia.
- Gabucio, F. (coord.). (2005). "Psicología del Pensamiento". Editorial UOC, primera edición, Barcelona, España.
- Gabucio, F. "Capítulo III: Razonamiento Deductivo" en Gabucio, F. (coord.). (2005). "Psicología del Pensamiento". Editorial UOC, primera edición, Barcelona, España.
- Garnttam, A. y Oakhill, J. (1996). "Manual de Psicología del Pensamiento". Editorial Paidós, 1ª edición.
- Gil, S. (2005). "¿Qué es la Ciencia? Compilación de varios autores". Recuperado el 23 de marzo de 2012 en http://www.fisicarecreativa.com/papers_sg/papers_sgil/Docencia/Ques_ciencia2k5.pdf
- González, J. (2006). "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica". Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N°1, pp. 93 - 107.
- González García, J. (2004). "Diccionario de filosofía". Segunda edición, Editorial Edaf, Madrid, España.
- Hermosilla, F. (2006). "Apuntes sobre la prueba en el Código Procesal Penal". Librotecnia, Santiago.
- Horvitz, M. y López, J. (2004). "Derecho Procesal Penal Chileno", Tomo II, Editorial Jurídica de Chile.
- Laso, J. (2009). "Lógica y Sana Crítica". Revista Chilena de Derecho, v. 36, N°1, abril, Santiago, pp. 143 - 164.
- Lepin, C. (2004). "Breve estudio sobre la sana crítica". Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XVI, julio, pp. 279 - 281.
- Limón, M. (2005). "Capítulo 7: Razonamiento informal" en Gabucio, F. (coord.). (2005). "Psicología del Pensamiento". Editorial UOC, primera edición, Barcelona, España.
- Malacrea, M. (200). "Trauma y reparación. El tratamiento del abuso sexual en la infancia". Editorial Paidós, Barcelona, España.

- Morales, J.F. (coord.). (1999). "Psicología Social". McGraw- Hill, Madrid, España.
- Muñoz, A. (2011). "La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación". InDret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, abril.
- Oberg, H. (1985). "Las máximas de experiencia". Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°178, año LIII (Jul.-Dic., 1985).
- Padilla, J. (sin año). "La sana crítica en relación con la fundamentación. Acogida en el anteproyecto de código procesal penal". Recuperado 28 de diciembre de 2011 http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ponencia_de_padilla_munioz.pdf
- Perrone, R. y Nannini, M. (1997). "Violencia y abusos sexuales en la familia. Un abordaje sistémico y comunicacional". Editorial Paidós, primera edición, Argentina.
- Prambs, C. (2005). "El control del establecimiento de los hechos en las sentencias penales". Ediciones Metropolitana, Santiago de Chile.
- Sancinetti, M. (2010). "Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas "Testimonium unius non valet" y "Nemo testis in propria causa". Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, volumen 6, junio 2010, Lexis Nexis, Buenos Aires, pp. 1 - 41.
- Síntesis Jurisprudencial de la Corte Suprema, en Semana Jurídica N°116, del 27 de enero al 2 de febrero de 2003, p. 13. Fallo de la Corte Suprema de 6 de enero de 2003, Rol N°400-01.
- Smith, E. y Kosslyn, S. (2008). "Procesos Cognitivos. Modelos y Bases Neuronales". Editorial Prentice Hall, 1ª edición.
- Stein, F. (1973). "El conocimiento privado del juez". Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, España.
- Tubau, Elisabet. (2005). "Capítulo 6: Juicios de probabilidad y toma de decisiones" en Gabucio, F. (coord.). (2005). "Psicología del Pensamiento". Editorial UOC, primera edición, Barcelona, España.
- Taruffo, M. (2012). "Consideraciones sobre la prueba y motivación de la sentencia civil", Editorial Metropolitana, Santiago de Chile.

LA ENTREVISTA INVESTIGATIVA CON PREESCOLARES

*Sofía Huerta Castro*¹

*Las personas mayores no entienden nada por sí solas
y es agotador para los niños tener que estar dándoles explicaciones
una y otra vez...*

EL PRINCIPITO, ANTOINE DE SAINT EXUPERY

1. Antecedentes

Los delitos sexuales contra niños constituyen uno de los delitos que mayor complejidad presentan en su investigación y acreditación en nuestro sistema penal. Lo anterior debido a que se trata de delitos en los que, en la inmensa mayoría de los casos, no existen testigos directos que puedan aportar al esclarecimiento de los hechos a través de sus testimonios, agregándose que es poco frecuente que las agresiones sexuales dejen alguna evidencia física. De esta manera, la determinación de la existencia del hecho, sus características, y la identidad del presunto responsable depende, en gran medida, de lo que la víctima infantil es capaz de contar sobre sus experiencias, capacidad que se vincula, por una parte, a sus destrezas narrativas y, por otra, a las condiciones motivacionales asociadas para una eventual develación y la entrega de un testimonio.

Esto implica un desafío tanto para la víctima, que debe afrontar una carga adicional frente al impacto producido por la propia experiencia abusiva, como para el investigador.

Si nos abocamos específicamente a la disposición motivacional de la víctima para la entrega de un testimonio, es necesario considerar que un altísimo porcentaje de estos delitos ocurren en su espacio vincular, en una dinámica en la que, por distintas vías, se impone el secreto y el silencio, constituyéndose esta propia dinámica en uno de los principales factores que dificultan, en primer lugar, la develación y, luego, la entrega de un testimonio por parte de la víctima.

A este respecto, los estudios nacionales e internacionales coinciden en señalar que aproximadamente en el 80% de los casos el agresor forma parte del contexto relacional inmediato del niño o es parte de su familia (Barudy, 1998; Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales - CAVAS, 2004;

1 Psicóloga de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Echeburúa y Guerricaechevarría, 2005; Vásquez, 2003). En estos casos son poco probables los episodios abusivos de ocurrencia única y más bien se configuran relaciones abusivas caracterizadas por dinámicas relacionales alteradas en que se ponen en juego aspectos ligados a la confianza y el vínculo con un otro significativo perteneciente al mundo adulto de referencia. Los abusos en este contexto se presentan en una lógica comunicacional que impide la develación debido a que el agresor manipula la confianza, la dependencia de la víctima, y el ejercicio de su rol. Utiliza en esta dinámica métodos coercitivos como el cariño, la persuasión, la mentira, la manipulación psicológica y las amenazas, la culpabilización y el chantaje, estrategias que, por una parte, le permiten la concreción de los abusos y, por otra, la mantención del secreto (Barudy, 1998; CAVAS, 2004; Echeburúa y Guerricaechevarría, 2005; Perrone, 1997; Vásquez, 2003). Al decir de Barudy “como el agresor es parte de *su cuerpo familiar*, la víctima está imposibilitada de nombrarlo, denunciarlo, o poder usar palabras para elaborar el estrés”, y cuando llega a hacerlo operan en su entorno un conjunto de comportamientos y discursos que tienden a neutralizar los efectos de la divulgación (Barudy, 1998, p. 247).

Cabe señalar que en el caso de la población preescolar, la pesquisa, detección, e investigación de las agresiones sexuales, puede resultar aún más dificultosa debido a que este grupo etéreo reúne condiciones especiales de vulnerabilidad propias a esta etapa evolutiva, las que se encuentran vinculadas, principalmente, a limitaciones en la capacidad para comunicar verbalmente sus vivencias, y la posibilidad de conceptualización de éstas (Madansky, 1996, citado en Echeburúa y Guerricaechevarría, 2005). En este sentido, si bien en esta etapa se encuentra en desarrollo en el niño la capacidad de simbolizar –a través de la evolución progresiva en su capacidad para conceptualizar, la posibilidad de poner sus recuerdos en palabras y el desarrollo del juego como reflejo de su experiencia (Hewitt, 1999)– su lenguaje es aún rudimentario e inmaduro para la comunicación verbal de sus vivencias, siendo limitada su capacidad de entregar detalles e incorporar narraciones en un contexto. Lo anterior, sumado al carácter confuso y manipulador de la relación ofrecida por el abusador en la dinámica ya descrita, incidirá en que los niños pequeños puedan presentar mayores dificultades para identificar sus vivencias como abusivas y para comunicar el peligro en el que se encuentran; “a un niño muy pequeño le resulta más difícil saber el significado de determinadas conductas” (López, 1996).

De esta manera existen dificultades para, a partir del reporte verbal de niños en edad preescolar, determinar la ocurrencia de un hecho abusivo y las características que éste ha tenido. Es posible, en esta línea, hipotetizar respecto a la existencia de una mayor cifra negra en cuanto a victimización sexual para este grupo etéreo, entendida como el volumen de delitos que no llega a ser conocido, permaneciendo como un fenómeno parcialmente invisibilizado.

Esta dificultad en la pesquisa se traslada también al ámbito probatorio. Un ejemplo de lo anterior lo constituye la evaluación pericial de credibilidad de

testimonio, que se ha constituido en un medio de prueba relevante para la investigación y el sistema de administración de justicia debido a que en un porcentaje importante la mayoría de los casos no existen medios de prueba distintos a la declaración de la víctima. En este contexto, el establecimiento de la credibilidad discursiva del examinado implica necesariamente sus competencias como testigo, pudiendo señalarse que, en el caso de niños pequeños, por las limitaciones lingüísticas ya descritas, su testimonio no siempre resulta suficiente, por su limitada extensión o restringido nivel de complejidad, para el análisis de acuerdo a los parámetros definidos para dichas evaluaciones. A esto se agregan frecuentes cuestionamientos a la validez del reporte entregado por niños y niñas pequeñas, aduciendo a deficiencias cognitivas propias a su desarrollo, a una tendencia a la sugestibilidad y a dificultades para distinguir fantasía de realidad, cuestiones que serán abordadas en detalle más adelante en este artículo.

Si bien los estudios señalan una mayor incidencia en la tasa de abusos entre los 6 y los 12 años (Echeburúa y Guerricaechevarría, 2005; Cavas, 2004), con una edad de inicio que se sitúa entre los 7 y 8 años para las niñas en el caso del abuso intrafamiliar, y entre los 11 y 12 años para los niños en el caso del abuso extrafamiliar (Echeburúa y Guerricaechevarría, 2005), resulta interesante la referencia de otros autores respecto a que los niños con mayor riesgo de victimización, al considerar las características del propio menor, son aquellos que cuentan con una capacidad reducida para resistirse o revelarlo, como son los que todavía no hablan y los que muestran retrasos del desarrollo y minusvalías físicas y psíquicas (Madansky, 1996, en Echeburúa y Guerricaechevarría, 2005).

En cuanto a las consecuencias de las agresiones sexuales en la edad pre-escolar, se debe considerar que el entorno psicosocial en que se desenvuelve el niño determinará en gran medida el curso de su desarrollo, el que para cumplirse adecuadamente necesita de determinadas condiciones y cuidados, y el que se ve afectado cuando sus necesidades no son adecuadamente cubiertas y atendidas (López, 2008). Así, encontramos niños y niñas que han sufrido y/o sufren carencias y riesgos que amenazan su desarrollo, afectando su salud mental en las diversas áreas que subyacen a la personalidad. Entre estos riesgos se encuentran las agresiones sexuales, experiencias que afectan el curso de su desarrollo socioemocional e interfieren, en mayor o menor grado, en su adecuada adaptación, pudiendo incluso alterarse de modo irreversible el desenvolvimiento neuronal debido a que estas situaciones ocurren a los niños durante un periodo en que el cerebro está siendo físicamente esculpido por las experiencias, y el impacto del estrés extremo podría dejar una marca en su estructura y funcionamiento (Teicher, 2000, citado en Da Fonseca y García, 2005).

De acuerdo a Cantón y Cortés (2000) para comprender la naturaleza e impacto de la victimización sexual sufrida por los niños, así como la forma

en que actúan los factores de protección, resulta imprescindible adoptar una *perspectiva evolutiva* (Finkelhor, 1995; Feiring, Taska y Lewis, 1998a, 1998b, citados en Cantón y Cortés, 2000). “La presencia o no de determinados síntomas en las víctimas parece depender de su edad o estadio evolutivo, de manera que mientras algunos efectos del abuso pueden presentarse durante todo el periodo infantil, otros son específicos de una determinada etapa” (Cantón y Cortés, 2000, p. 26).

Al respecto, Finkelhor, Kendall Tacket y Meyer Williams (1993, citados en Sanz y Molina, 2004) realizaron una revisión de los resultados de investigaciones más importantes desde 1985 hasta 1993 concluyendo que los estudios que particularizan los efectos de acuerdo con el período evolutivo son los que arrojan resultados más claros. De éstos se puede concluir que, para el grupo de niños preescolares, los síntomas más comunes son ansiedad generalizada, pesadillas, manifestaciones asociadas al “síndrome de estrés postraumático”, conducta retraída, depresión, temor, inhibición, conducta sobrecontrolada (internalización del conflicto), agresión, conducta antisocial, desbordes impulsivos y conducta sexual inapropiada (externalización del conflicto).

Según Volnovich (2006, citado en Sepúlveda, 2010), algunos indicadores generales de sospecha de abuso que se pueden observar en preescolares son las conductas hipersexualizadas, los trastornos del sueño, las conductas regresivas, enuresis, encopresis, la retracción social, los temores inexplicables frente a personas o situaciones determinadas y los fenómenos disociativos. Es posible señalar, en lo que respecta a la hipersexualización como conducta sexual alterada, que en las etapas evolutivas tempranas del desarrollo (preescolar y escolar), por las limitaciones en los niños en la capacidad para la conceptualización de la experiencia ésta tendría la forma de masturbación compulsiva o un interés exagerado por los genitales de los otros y de los animales, juegos de contenido sexual, etc. (CAVAS, 2002).

No obstante estas descripciones sintomatológicas, que usualmente se consiguen en la literatura especializada, y a las cuales se ha arribado a partir del trabajo directo con víctimas y la realización de diversas y numerosas investigaciones, es preciso reiterar que la gran mayoría de las alteraciones que se pueden observar en relación a victimización sexual son de naturaleza no específica, incluso aquellas que podrían aparecer como más directamente relacionadas, como es el caso de las conductas sexualizadas. Junto a lo anterior las agresiones sexuales constituyen una experiencia tan *globalizante* que la comprensión de sus efectos sólo a partir de la identificación de los síntomas resulta francamente insuficiente. La cantidad y complejidad de las variables puestas en juego, propias al hecho abusivo, al agresor, a la víctima, y a su entorno familiar y social, permiten señalar que el mero registro sintomatológico caracteriza el fenómeno de manera parcial y parcializa de esta manera también la vivencia de las víctimas, “ni todos los abusos son iguales ni afectan de la misma manera a la integridad psicológica de la víctima” (Vásquez y Calle, 1997).

2. La Entrevista investigativa con niños víctimas de delitos sexuales en edad preescolar

Como ya se señaló el testimonio que entrega una víctima infantil de agresión sexual se constituye en el medio probatorio por antonomasia; pese a esto entrevistar a niños preescolares que supuestamente han sido víctimas de agresión sexual, obteniendo información válida y sin revictimizar, es una tarea compleja, altamente exigente, que demanda al entrevistador la consideración de un sinnúmero de variables.

Entre ellos resultan relevantes los factores propios al desarrollo que influyen en su testimonio, incluyendo especialmente aquellos vinculados al desarrollo cognitivo, incluyéndose entre éstos la memoria, la atención, el lenguaje, el pensamiento, entre otros, cuestiones que en relación a sus facultades y sus déficits pueden condicionar su capacidad referencial.

Desarrollo evolutivo en la etapa preescolar

La niñez temprana, que comprende desde los 3 ó 4 hasta los 5 ó 6 años de edad, se caracteriza por la transición continua desde un estado de absoluta dependencia de las figuras significativas hacia una progresiva autonomía. Los sistemas corporales internos están madurando, por lo que resulta más evidente la progresiva autoregulación asociada a los hábitos de sueño e higiene, así como el logro de mayor autonomía en actividades de autocuidado (Papalia, 1997).

En cuanto al desarrollo psicomotor, en esta etapa el niño tiene un mayor dominio de las posibilidades motrices y perceptivas, y evoluciona hacia una mejor representación de su propio cuerpo y del espacio. Las habilidades motoras gruesas y la coordinación ojo-mano de los niños progresan rápidamente, desarrollando así sistemas de acción más complejos.

En cuanto al esquema corporal y la imagen de sí “La representación que el niño adquiere progresivamente de su cuerpo es una función esencial, no sólo de su actividad intelectual y perceptivo-motriz, sino también del conjunto de su personalidad” (Mazet y Houzel, 1981, p. 35). Los elementos de base del esquema corporal están presentes ya hacia los tres años de edad. “*La constitución progresiva de la imagen del cuerpo paralelamente a la toma de conciencia de sí es, sin duda, un elemento constitutivo de la individuación*, del proceso por el cual el niño funda su sentimiento de realidad propia y distinta y el de su coherencia” (Mazet y Houzel, 1981, p. 36).

En el área cognitiva los niños de 4 y 5 años, se encuentran en el periodo preoperatorio, de acuerdo a los estadios sucesivos descritos por Piaget. A partir de alrededor los 20 meses, con la *interiorización*, el niño puede separarse de la percepción inmediata y diferir la acción para *pensar* gracias a la *representación*

mental que da acceso a la función simbólica o lo que Piaget llama la función semiótica, es decir, la capacidad para representar alguna cosa por medio de un símbolo -el juego, el dibujo o la imitación, por ejemplo- o un signo (Mazet y Houzel, 1981).

Con la aparición del lenguaje, “las conductas se modifican profundamente en su aspecto afectivo e intelectual. El niño es capaz, mediante el lenguaje, de reconstituir sus acciones pasadas bajo la forma de relato y de anticipar sus acciones futuras mediante la representación mental. El lenguaje le permite al sujeto explicar sus acciones y le permite reconstituir el pasado y, por tanto, evocar en su ausencia los objetos hacia los que se han dirigido las conductas anteriores” (Navarro, 2006, p. 46).

El razonamiento a esta edad es prelógico, es decir, está hecho de regulaciones intuitivas resultantes de descentraciones parciales del niño en relación a su percepción. Es capaz de razonar lógicamente, pero lo hace sólo con una parte de los datos, con un solo aspecto de las cosas; puede cambiar de punto de vista pero no puede incluir en su razonamiento más que un solo punto de vista cada vez. Tampoco puede aún reunir los distintos aspectos de la realidad percibida ni integrar en un solo acto de pensamiento las fases sucesivas del fenómeno, las transformaciones (Mazet y Houzel, 1981).

En esta etapa se desarrolla la comprensión de las relaciones causa efecto, la capacidad para distinguir realidad de fantasía, y la adquisición de una conciencia progresiva acerca de sus propios pensamientos y lo que pueden estar pensando los otros (Papalia, 1997).

Todos estos aspectos del desarrollo tienen enormes implicancias para la tarea de obtener un testimonio por parte de un preescolar respecto de eventuales vivencias de victimización sexual.

Alrededor de los tres años, y gracias a la relación entre lenguaje y pensamiento, los niños pueden recordar las situaciones que viven y pueden explicarlas a alguien, aunque, del mismo modo que en los adultos, el recuerdo de los niños disminuye en precisión a medida que transcurre el tiempo.

En general, los niños en edad preescolar suelen describir sus experiencias de forma más breve que niños mayores o los adultos, pero estas descripciones son muy exactas, siendo más comunes los errores de omisión (Steward, 1993, en Juárez y col., 2011). Esto siempre y cuando el niño haga un relato libre de la experiencia o, en caso de responder a preguntas realizadas, éstas no contaminen su testimonio con información sugerida.

Junto a considerar el riesgo de contaminar un testimonio mediante preguntas inductivas, debe considerarse que lo que para un niño en edad preescolar resulta relevante de determinado acontecimiento puede no ser importante para una persona adulta, y viceversa, con lo que no se puede atribuir a dificultades

de memoria de los niños el que no hayan prestado atención a determinados aspectos de dicho acontecimiento sobre los que no pueden aportar información. En el caso de una situación real de abuso sexual, la diferente atención del niño puede afectar a detalles clave sobre la victimización y esta falta de detalles esencial desde una perspectiva del adulto, a la vez, puede hacer dudar sobre la veracidad de lo que explica (Faller, 1996, en Juárez y col., 2011). Si se le pide al niño repetidamente que se refiera a un aspecto de su vivencia o insistentemente que aporte más información, se puede provocar que incorpore fantasías o información falsa con el objetivo de satisfacer las peticiones persistentes del entrevistador (Eisen y Goodman, 1998, en Juárez y col., 2011).

En cuanto al lenguaje, en la etapa preescolar el vocabulario es todavía limitado y poco descriptivo, por lo tanto las explicaciones tienden a ser breves y sus descripciones de lugares y personas, restringidas. La conversación de los niños suele ser dispersa y con cambios constantes de tema.

Los niños en edad preescolar aún no poseen las habilidades cognitivas ni las experiencias de aprendizaje para indicar con precisión el lugar y momento en los cuales sucedió un acontecimiento. Hasta alrededor de los cinco años no comprenden los términos “ayer” y “mañana”, careciendo de patrones convencionales para la ubicación de los eventos en coordenadas temporales. Por lo anterior, Poole y Lamb (1998) señalan que será necesario que el entrevistador infiera sobre el momento en el cual se produjo el acontecimiento investigado a partir de las actividades cotidianas del niño.

Entre los cuatro y cinco años los niños empiezan a tener en cuenta el factor temporal, de forma que sus narraciones tienen inicio, acontecimientos medios y final. Aun así van de un punto a otro o realizan una enumeración de puntos inconexos, excluyendo información y acontecimientos importantes para la comprensión del oyente. A partir de los seis años van mostrando progresivamente un dominio mayor de los mecanismos de coherencia y cohesión (Juárez y col., 2011).

Con respecto a la capacidad para distinguir entre fantasía y realidad, a los tres años, los niños distinguen el mundo real del imaginario y la fabulación (incapacidad para diferenciar entre los acontecimientos vividos y los inventados), resulta menos habitual de lo que se cree. Los niños no suelen fantasear sobre algo que está fuera de su campo de experiencias. Por eso, cuando un niño describe detalles íntimos y realistas sobre una actividad sexual, no hay justificación para atribuirlo a su imaginación (Arruabarrena, 1995, en Juárez, 2011).

Finalmente, en lo que respecta a la sugestionabilidad, entendida como el proceso mediante el cual se incorpora la información post suceso en la memoria del recuerdo, entre los tres y seis años existe un riesgo mayor de obtener testimonios contaminados si no se consideran buenas prácticas en la interacción con el niño. Los niños raramente mienten cuando explican el abuso espon-

táneamente a alguien de confianza, no obstante si se les presiona interrogándolos pueden acabar produciendo historias que nunca pasaron tal y como las explican (Juárez, 2011).

Los niños preescolares son más sugestionables que los mayores, pero lo son más con relación a acontecimientos que no han vivido realmente, y menos respecto a hechos que han presenciado o en los cuales han participado (Díges y Alonso-Quecuty, 1993, en Juárez, 2011), pudiendo señalarse que, en general, los niños son más propensos a negar experiencias que les han pasado (y que son percibidas como traumáticas) que a hacer afirmaciones falsas sobre este tipo de acontecimientos. Por otro lado puede ser que el niño acepte la información sugerida y que, aun así, sea totalmente consciente de que la información que da es divergente de lo que pasó realmente. De acuerdo a Goodman y Schwarz-Kennedy (1992, citado en Juárez, 2011) la sugestionabilidad es mayor cuanto menos recuerde el niño, cuanto menos generales y más dirigidas sean las preguntas y cuanto menor sea la implicación emocional del niño en los hechos referidos.

La entrevista investigativa con preescolares

Los distintos protocolos, métodos y técnicas de entrevista a víctimas de delitos sexuales coinciden en la incorporación de fases diferenciadas y secuenciales para el logro de los objetivos de la entrevista, así como la necesidad de una planificación que oriente dichos objetivos. Entre estas fases se encuentran la introducción y encuadre con el entrevistado, el establecimiento de rapport, la fase de obtención de contenidos y, finalmente, el cierre de la entrevista, recomendando, además, el uso de determinados tipos de preguntas que permiten obtener información de mayor validez y prevenir la inoculación de contenidos que eviten la invalidación del testimonio por contaminación².

Cabe señalar que en el caso de los preescolares, por los antecedentes ya descritos, se deben extremar dichas consideraciones. Las preguntas cerradas, sugestivas o directivas deben ser eliminadas para evitar la introducción de elementos *ajenos* que dificulten obtener un relato de lo que *realmente* recuerda el niño. En consecuencia, se deberá comenzar por intentar obtener un relato libre de lo que sucedió, es decir, que el niño explique los hechos de inicio a fin con sus propias palabras. Probablemente, considerando las características del desarrollo en preescolares, no resultará suficiente para obtener una buena ilustración de los hechos con esta narración por lo que será necesario formular preguntas para profundizar en algunos contenidos, aclarar algunos aspectos o contradicciones. Las preguntas a realizar deben ser lo más abiertas posibles, de manera de obtener una mayor cantidad de información con menos errores,

2 Para una ilustración más completa véase Guía de Entrevista Investigativa con Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales (GEV), Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos, Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

y deben permitir que el niño pueda volver nuevamente al recuerdo libre. Las oraciones deben ser simples, cortas, afirmativas, contener una sola idea y el entrevistador debe asegurarse que el significado de las palabras sea conocido por el niño.

Varios estudios han demostrado que la cantidad y la calidad de información obtenida durante la entrevista están en función de las preguntas utilizadas por el entrevistador. Goodman y sus colaboradores encontraron en sus estudios que los niños en edad preescolar son muy exactos cuando se les hacen preguntas abiertas y no tendenciosas, y que son particularmente exactos cuando se les pregunta sobre abusos (citado a Cantón y Cortés, 2000). Por lo tanto, la mejor forma de iniciar las preguntas con relación a los hechos es el relato libre. Ahora bien, muy a menudo, los niños en edad preescolar responden muy brevemente a las preguntas abiertas, y hay que formularles preguntas más específicas. Al tener que hacer esto, el recuerdo libre se puede ver distorsionado por comentarios y/o preguntas o sugerencias que contienen información no aportada por el niño o falsa, que le pueden llevar a elaborar un relato muy convincente sobre el acontecimiento experimentado (Juárez, 2011).

Considerando esta dificultad en la entrevista a preescolares y lo restringido en ocasiones de su intención informativa, Juárez (2011) describe *la técnica del encadenamiento de las preguntas*. Esta técnica consiste en que a partir de la información que los niños han entregado con las preguntas abiertas, se pueden recoger los nombres, verbos, adverbios y otras partículas con significado, para incluirlas en una pregunta encadenada de profundización. Juárez utiliza el siguiente ejemplo para describir esta técnica, refiriendo que se encadenan las diversas informaciones presentadas de forma segmentada por el niño, para ir conformando el relato de los hechos sin introducir ninguna información sustancial que no haya sido previamente referida.

- Me has dicho que el tío Jordi te ha tocado abajo, ¿qué quieres decir con *abajo*? En la vulva.
- De acuerdo, y ¿con qué te ha tocado la vulva? Con la mano.
- Bien, el tío Jordi te ha tocado la vulva con la mano, ¿recuerdas cuándo pasó? Era por la noche.
- Era por la noche. Y ¿dónde pasó? En mi habitación, en mi cama.
- Sí, lo entiendo, y ¿cómo te tocó la vulva? Me puso la mano por debajo del pijama.
- Por debajo del pijama, bien, y ¿recuerdas qué estabas haciendo tú cuando te tocó tu tío Jordi la vulva por debajo el pijama? Estaba mirando los dibujos.

Describe, además, *la técnica del ancla*, a utilizar en aquellas ocasiones en que no obstante se ha realizado exitosamente la fase de rapport y se han explicado las

reglas y condiciones de la entrevista, el niño se bloquea y es incapaz de relatar ningún hecho, aún a pesar de los esfuerzos realizados para continuar dando curso a la entrevista (los que en ningún caso deben incluir la coacción o el apremio del entrevistado). Anclar, señala Juárez, significa situar al niño en un punto de entrada óptimo para una próxima sesión de entrevista, que tendrá que ser lo más inmediata posible (al día siguiente), en el mismo espacio, y con el mismo entrevistador(es). Anclar es pactar y concertar explícitamente con el niño el reencuentro, el hablar de este tema que ahora no puede explicar, y conseguir su compromiso de intentar relatar aquello que ahora no ha podido. Es la última alternativa que el entrevistador puede usar para conseguir el relato de unos hechos especialmente difíciles de revelar por parte del niño. Es una concesión del control de la entrevista, pero con una liberación limitada, con un pacto de regreso, con un compromiso de reintento (Juárez, 2011).

Se debe evitar la repetición de preguntas puesto que se corre el riesgo de que los niños piensen que no han dado la respuesta *correcta* y, en algunos casos, pueden agregar antecedentes no *reales* a su testimonio para satisfacer al adulto. Se deben eliminar las preguntas que puedan hacer sentir al niño que está siendo juzgado por el entrevistador y si la información que estas preguntas puedan aportar resulta necesaria deben ser reemplazadas por una formulación que resulte menos victimizante (por ej. *¿qué te llevó a contarlo ahora?*, en lugar de *¿por qué no lo contaste antes?*).

En cuanto a la duración de la entrevista ésta no debiera superar los 45 a 60 minutos, contemplando un tiempo final de descompresión que permita que el entrevistador se asegure de que el niño está en condiciones de retirarse, y que todo el caudal de material, emociones y cogniciones asociadas al hecho relatado pueden ser soportadas de forma adecuada por el entrevistado luego de retirarse de la evaluación (GEV, 2012). Este tiempo puede incluir la conversación sobre temas no esenciales, dibujos o juegos.

3. Conclusiones

Podemos concluir que la fiabilidad de los relatos de los niños en edad preescolar tiene más que ver con las habilidades del entrevistador que con las limitaciones del desarrollo, específicamente cognitivas, propias a esta etapa. El niño tiene la capacidad de recuerdo y evocación, pero al explicar el suceso lo hará a su manera, lo que puede hacer que la entrega de contenidos aparezca *interrumpida* y disgregada. Estudios recientes muestran que los niños pueden explicar con gran cantidad de detalles, a pesar del tiempo transcurrido, un hecho familiar basándose en su propio recuerdo. En general, tienden a realizar descripciones más breves de sus recuerdos, pero muy exactos, siendo más frecuentes los errores de omisión que los errores de emisión, o sea, no introducen información errónea, pero sí dejan de informar de detalles reales (Steward, 1993, en Juárez, 2011).

En la medida que quien realiza la entrevista haga una planificación de ésta, conozca las características de esta etapa y ajuste sus expectativas a las potencialidades y limitaciones de este grupo etáreo, podrá obtener información válida y útil a sus objetivos, la que si bien puede no ser todo lo completa que se desearía, puede favorecer la decisión respecto a determinadas diligencias, permitir la generación de líneas investigativas diversas, y facilitar la toma de decisiones respecto de la protección del niño y la necesidad de gestionar intervenciones de apoyo.

4. Referencias

- Barudy, J. (1998). *El dolor invisible de la infancia: Una lectura ecosistémica del maltrato infantil*. Barcelona, España: Editorial Paidós.
- Cahill, L., Kaminer, R. y Johnson, P. (1999). Developmental, Cognitive, and Behavioral Sequelae of Child Sexual Abuse. *Child and Adolescent Psychiatric Clinics of North America*, Vol. 8, N°4, 827-843.
- Cantón, J. y Cortés, M. (2000) *Guía para la Evaluación del Abuso Sexual Infantil*. Madrid, España: Ediciones Pirámide.
- Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales Metropolitano (2004). *Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales: 16 años de experiencia*. Santiago, Chile: Publicación SENAME-PICH.
- Echeburúa, E. y Guerricaechevarría, C. (2005). *Abuso Sexual en la Infancia: Víctimas y Agresores. Un enfoque clínico*. Barcelona, España: Ediciones Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia.
- Ministerio Público, Fiscalía Nacional (2012). *Guía de Entrevista Investigativa con Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos Sexuales (GEV)*. Santiago, Chile.
- Glaser, D. y Frosh, S. (1997). *Abuso Sexual de Niños*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Paidós.
- Hewitt, S. (1999). *Assessing Allegations of Sexual Abuse in Preschool Children: Understanding Small Voices*. USA: Sage Publications.
- Huerta, S., Maric, V. y Navarro, C. (2002). Factores que intervienen en el impacto del abuso incestuoso sobre la víctima. *Revista Terapia Psicológica*. Vol. 20(2), N°38, 117-124.
- Juárez, J. y Sala, E. (2011). *Entrevistando a niños preescolares víctimas de abuso sexual y/o maltrato familiar. Eficacia de los modelos de entrevista forense*. Àmbit social y crimològic. Centre D'Estudis Jurídics I Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona.

- Köhnken, G. (2006). ¿Anomalías en la conducta como indicadores del abuso sexual infantil crónico o puntual? En Böhm, C. y Romero, J. *Nuevos caminos y conceptos en la Psicología Jurídica*. Berlín, Alemania: Lit Verlag, 199-211.
- López, F. (1996). *Abusos Sexuales a Menores, lo que recuerdan de mayores*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, España.
- Ministerio Público, Policía de Investigaciones, Carabineros de Chile, Ministerio de Justicia, Servicio Médico Legal y Servicio Nacional de Menores (2008). *Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio: Documento de Trabajo Interinstitucional*. Santiago, Chile.
- Navarro, C. (2006). *Evaluación de la credibilidad discursiva de niños, niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales*. Tesis para optar al Grado de Magíster en Psicología, Mención Psicología Clínica Infanto Juvenil, Universidad de Chile, Santiago, Chile.
- Papalia, D. y Wendkos, S. (1997). *Desarrollo Humano*. México: McGraw Hill.
- Perrone, R. y Nannini, M. (1997). *Violencia y abusos sexuales en la familia: Un abordaje sistémico y comunicacional*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Paidós.
- Sanz, D. y Molina, A. (2004). *Violencia y Abuso en la Familia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Lumen/Hvmanitas.
- Sepúlveda, C. (2010). *Estudio descriptivo comparativo de las características gráficas en los test de Casa-Árbol-Persona (HTP) y Persona Bajo la Lluvia de niños preescolares víctimas de agresión sexual*. Tesis para optar al Grado de Magíster en Psicología Clínica Infanto Juvenil, Universidad de Chile, Santiago, Chile.
- Steller, M. y Böhm, C. (2006). Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán sobre la Psicología del Testimonio. Balance y Perspectiva. En Böhm, C. y Romero, J. *Nuevos caminos y conceptos en la Psicología Jurídica*. Berlín, Alemania: Lit Verlag, 53-67.
- Vásquez, B. y Calle, M. (1997). Secuelas postraumáticas en niños: análisis prospectivo de una muestra de casos de abuso sexual denunciados. *Revista Española de Psiquiatría Forense, Psicología Forense y Criminología*, 1:14-29.
- Vásquez, B. (2003). *Abuso Sexual Infantil. Evaluación de la Credibilidad del Testimonio. Estudio de 100 casos* (Serie 6). España: Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia.

COMENTARIO A SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA QUE RECHAZA RECURSO DE NULIDAD EN CAUSA POR VIOLACIÓN EN QUE LA DEFENSA PRESENTÓ METAPERITOS

Jorge Ignacio Gárate Bais¹

Resumen:

La Corte Suprema rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública, por considerar que no aparece que se haya puesto al imputado en una situación desventajosa al privársele de la posibilidad de rendir prueba pericial con el objeto de restar valor de convicción a los peritajes de la contraria por cuanto este objetivo debe ser pretendido mediante la forma señalada en el artículo 318 Código Procesal Penal, vale decir, mediante contraexamen de los peritos y no mediante peritajes producidos para restar mérito a los ya incorporados al juicio, puesto que el propio Código Procesal Penal ha regulado expresamente esta materia.

1. Antecedentes generales

La Defensoría Penal Pública interpuso recurso de nulidad invocando la causal contemplada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal contra la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt de fecha 19 de abril de 2012, RUC N°1100211393-9, RIT: 9-2012, fundándose en que con la decisión del tribunal se contravinieron sustancialmente los derechos y garantías asegurados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados y en vigor en Chile, infringiéndose especialmente la garantía del debido proceso en dos de sus dimensiones, a saber, el derecho a guardar silencio –principio de no autoincriminación– y el derecho de defensa.

El Tribunal de Juicio Oral, en su resolución, impuso al imputado, en calidad de autor del delito consumado de violación, la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo y la inhabilitación absoluta para cargo u oficio público y derechos políticos, además de la inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo que dure la condena. Se condenó también a la sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal; también a la pena de inhabilitación absoluta para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, por el término de diez años y la prohibición de visitar el domicilio, el lugar de

¹ Egresado de Derecho de la Universidad Diego Portales, práctica profesional en la Unidad Especializada de Delitos Sexuales y Delitos de Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

trabajo o establecimiento educacional de la ofendida y la de aproximarse a su persona, por el período de observación.

Durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral ante el Tribunal de Juicio Oral el imputado optó por su derecho a guardar silencio durante ésta y su defensa asumió una defensa técnica sin ofrecer versión alternativa de los hechos así como tampoco contradijo ni negó los hechos que fundaron la acusación.

En lo tocante a la prueba de descargo, la defensa del imputado presentó, entre otras, dos metapericias. La primera de éstas consistió en la declaración de un médico cirujano especialista en medicina legal, quien sobre la base a los antecedentes del caso hizo análisis de la carpeta fiscal con los objetivos principales de referirse a la validez científica del informe sexológico pericial que le fue practicado a la víctima y, además, hacer un correlato respecto de la globalidad de los antecedentes disponibles en la carpeta de investigación con la formalización del Ministerio Público. La segunda de aquellas, consistió en la declaración de una psicóloga cuyo objetivo fue pronunciarse sobre los procedimientos técnicos y los resultados mediante el estudio y análisis de la carpeta investigativa, el informe psicológico de daño y el informe de psiquiatría de la víctima, además de revisar literatura sobre las evaluaciones psicológicas forenses en materia de delitos sexuales.

Al valorar los metaperitajes el Tribunal de Juicio Oral de Puerto Montt consideró que “no dará valor probatorio a los metaperitajes (...) presentados por la defensa, por cuanto el objeto de tales pericias constituidos por fotocopias no legalizadas de la carpeta investigativa están fuera del juicio oral, y lo que no está en el juicio oral no existe” (sic)².

2. Fundamentos del recurso de nulidad

Como ya se ha adelantado, la Defensoría Penal Pública, fundó su recurso de nulidad en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal por haberse, a su juicio, infringido la garantía del debido proceso en sus dimensiones derecho a defensa y derecho a guardar silencio (principio de no autoincriminación). El presente comentario se centrará principalmente en el fundamento y resolución acerca del derecho de defensa, para luego hacer una breve consideración al derecho del imputado a guardar silencio y su interpretación como un derecho de ejercicio sucesivo por la Corte Suprema.

Respecto de la vulneración al derecho de defensa se argumenta, por la Defensoría, que abarca el ámbito probatorio respecto del cual el ordenamiento procesal penal consagra el principio de libertad de prueba, manifestándose en la posibilidad de controlar y controvertir la prueba de cargo y en la posibilidad

2 Considerando 7° Tribunal de Juicio Oral Puerto Montt, 19 de abril de 2012, RUC N°1100211393-9, RIT: 9-2012.

de generar prueba de descargo. En el presente caso, el recurrente señala que se optó por generar prueba de desacreditación y descargo mediante metapericias y no obstante ello, el tribunal no les da valor probatorio por estar constituidas por fotocopias no legalizadas de la carpeta investigativa que están fuera del juicio oral.

A juicio del recurrente “(c)on ese razonamiento el tribunal sostiene que respecto de las pericias presentadas por el Ministerio Público sólo cabe resignarse, pues se desecha de plano que la defensa pueda poner en duda la rigurosidad, los procedimientos, la metodología y conclusiones de los informes realizados por los profesionales auxiliares de la Fiscalía, pues se consigna que una metapericia encargada por la defensa, al basarse sólo en información contenida en la carpeta –investigativa–, no resulta ser un medio legalmente aceptable”³ negándose, con tal razonamiento, el principio de libertad probatoria constituyendo una obstrucción insalvable para la defensa a la hora de generar prueba de desacreditación y de descargo. Solicitando, por las razones antedichas, que se anule el juicio y la sentencia, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y enviar los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para la realización de un nuevo juicio.

3. Resolución de la Corte Suprema

Con fecha 25 de junio de 2012, la Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad promovido contra la resolución del Tribunal de Juicio Oral y que, en lo relativo al objetivo del presente comentario –derecho de defensa– lo hace en atención al artículo 318 del Código Procesal Penal⁴ y del específico rol que tiene en el proceso penal; señalando que la norma contenida en aquel artículo establece la fórmula mediante la cual se debe restar valor de convicción a los peritajes de la contraria (contraexamen, con preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones, pudiendo llegar incluso a preguntas respecto a los honorarios del perito), y no a través de peritajes producidos para restar mérito a los ya incorporados en juicio⁵.

3 Considerando 2° Corte Suprema de 25 de junio de 2012, Rol N°3521-12.

4 Artículo 318 Código Procesal Penal. Improcedencia de inhabilitación de los peritos. Los peritos no podrán ser inhabilitados. No obstante, durante la audiencia del juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. Las partes o el tribunal podrán requerir al perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado.

5 La Corte Suprema incluso declara que más allá de una trasgresión “se advierte estricta sujeción a la ley por parte del tribunal en una materia expresamente prevista en ella, y que la defensa pretendió desconocer, por lo que no se ha configurado transgresión alguna a precepto legal ni constitucional”. Considerando 12°, Corte Suprema de 25 de junio de 2012, Rol N°3521-12.

4. Consideraciones sobre la resolución de la Corte Suprema

4.1. Consideraciones respecto a los metaperitajes

La amplia utilización de peritos que ha permitido el nuevo proceso penal, ha generado abierto debate a un sinnúmero de aspectos que tienen que ver con su utilización, validez, peso probatorio, pertinencia, entre otros. Uno de aquellos aspectos controvertidos es la utilización de metaperitajes (denominado así, dado el nivel lógico de análisis, es decir una pericia de una pericia) los que principalmente se han pronunciado sobre la idoneidad técnica de pericias psicológicas y médicas que son parte de la investigación pericial.

El fallo de la Corte Suprema en comento establece los límites que tiene su valoración en juicio, pues el objeto principal del metaperitajes es, como adelanta el mismo recurrente en el presente fallo, poner en duda la rigurosidad, los procedimientos, la metodología y conclusiones de los informes; objetos que parecen propios de la contrainterrogación de peritos pues, como reconocen algunos autores, “(e)s el ejercicio del examen y contraexamen el que debe poner ante los jueces toda la información relevante del peritaje, hasta que (...) no tengan dudas respecto de cuáles son las conclusiones del perito y cómo llegó a ellas”⁶.

La Corte Suprema, en el presente fallo entiende y desarrolla la comprensión del derecho de defensa en su doble faz, es decir, la posibilidad de controlar y controvertir prueba de cargo y la posibilidad de generar prueba de descargo, recordando además que el artículo 19 N°3, inciso 5 CPR le confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo⁷.

En este sentido, la Corte Suprema reconoce en la norma del artículo 318 del Código Procesal Penal una fórmula procesal para la desacreditación de los peritos que no puede ser suplida por los metaperitajes, pues el objetivo de poner en cuestión los procedimientos, metodología y conclusiones tiene regulación expresa en nuestro ordenamiento procesal penal. También, nos parece que mediante el reconocimiento de esta fórmula procesal la Corte Suprema entiende, como ya de antiguo se ha entendido en diversas resoluciones de distintos Tribunales de Juicio Oral del país, que una metapericia concebida en aquellos términos realiza una actividad privativa del tribunal, que es valorar el rigor técnico y credibilidad de una pericia; por lo tanto el peso probatorio de una pericia se vislumbrará exclusivamente mediante el análisis que hagan los

6 BAYTELMAN, ANDRÉS Y DUCE, MAURICIO (2004) Litigación Penal Juicio Oral y Prueba, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, pp. 329 – 330.

7 Véanse considerandos 4°, 5° y 7°, CS de 25 de junio de 2012, Rol N°3521-12.

jueces del ejercicio de la interrogación y conainterrogación de los peritos y no mediante la introducción de metapericias⁸.

4.2. Consideraciones respecto al derecho a guardar silencio

El segundo fundamento esgrimido por la defensa en el recurso de nulidad fue la vulneración del derecho del imputado a guardar silencio (como manifestación del principio de no autoincriminación). Tal fundamento fue también desestimado por la Corte señalando que la convicción condenatoria que adquiere el Tribunal de Juicio Oral la adquiere sustentada en otros antecedentes y que en ningún caso se tomó como elemento la valoración del silencio del imputado durante la audiencia⁹.

La Corte *–obiter dicta–* reflexiona sobre el derecho de guardar silencio como un derecho “(q)ue en todo caso (...) es de ejercicio sucesivo, vale decir, el imputado puede acogerse al mismo tantas veces como sea llamado a declarar”¹⁰.

En los hechos, si bien el imputado durante la substanciación del juicio oral optó por guardar silencio se pudo contar, en el mismo juicio, con la declaración de un funcionario policial al que el imputado entregó declaraciones respecto a su relación con los hechos.

La Corte señala, respecto declaraciones anteriores del imputado, que “sus versiones previas en sede policial –no cuestionadas– pueden ingresar al pleito a través de la declaración del policía que las presencié. El único objetivo de la referencia al silencio (del fallo recurrido) (...) es destacar el carácter independiente de cada declaración, de lo que deriva la posibilidad de evaluar el testimonio del policía que percibió sus dichos”¹¹.

Sentencia:

Santiago, veinticinco de junio de dos mil doce.

VISTOS:

En estos antecedentes rol único N°1100211393 - 9 e interno del tribunal 9 - 2012, se registra la sentencia dictada en juicio oral por el

Tribunal Oral en Lo Penal de Puerto Montt de diecinueve de abril recién pasado, que condenó a **Freddy Hernández Figueroa Cárcamo** como autor del delito de violación en la persona de la menor de iniciales L.B.L.CH., a siete años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos

8 Sobre el mismo punto y con amplia revisión jurisprudencial, véase HUERTA, SOFÍA Y MAFFIOLETTI, FRANCISCO (2009), “Acerca de valor de los llamados metaperitajes sobre evaluaciones periciales y psicológicas a víctimas”, Revista Jurídica del Ministerio Público N°41, Santiago de Chile, en especial pp. 119 – 121.

9 Véase considerando 18°, CS de 25 de junio de 2012, Rol N°3521-12.

10 Considerando 19°, CS de 25 de junio de 2012, Rol N°3521-12.

11 Ídem.

políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, además de la sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal e inhabilitación absoluta para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales, o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad por el término de diez años, y la prohibición de visitar el domicilio, lugar de trabajo o establecimiento educacional de la ofendida y la de aproximarse a su persona por el período de observación.

En contra del referido fallo, don Jonathan Ramírez Orellana, defensor penal público del imputado, interpuso recurso de nulidad invocando para ello la causal contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

Este tribunal estimó admisible el recurso y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para su vista, según aparece de fojas 47 de estos antecedentes.

La audiencia pública se verificó el cinco de junio pasado, con la concurrencia y alegatos del abogado del acusado, don Humberto Sánchez Pacheco, de doña María Angélica San Martín, por el Ministerio Público y del abogado don Jorge Palma, por la querellante.

Luego de la vista del recurso se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta de fojas 54.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso intentado descansa única y exclusivamente en la contravención sustancial de derechos o garantías aseguradas por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y en actual vigor, consagrada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, concretando el defecto en la inobservancia de los artículos 19 N°3 inciso 5° de la Constitución Política de la República; 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

SEGUNDO: Que sustentando el presente medio de nulidad, el recurrente relata que en el pronunciamiento del fallo se ha infringido la garantía del debido proceso en dos de sus dimensiones, esto es, el derecho a guardar silencio -principio de no autoincriminación- y el derecho de defensa.

Acerca de la vulneración de este último, entiende que también abarca el ámbito probatorio, respecto del cual el ordenamiento procesal consagra el principio de la libertad de prueba, que se manifiesta en la posibilidad de controlar y controvertir la prueba de cargo y en la posibilidad de generar prueba de descargo, doble faz que puede ser ejercida durante la investigación o en el transcurso mismo del juicio.

En el caso en análisis, sostiene que el tribunal tuvo por acreditado el hecho

y la participación de su representado básicamente a partir del testimonio de la víctima, del peritaje sexual, del peritaje de credibilidad y del de daño, antecedentes que pretendieron dotar de consistencia al relato de la menor.

Frente a ello señala que optó por generar prueba de desacreditación y descargo, conformada por pericias de profesionales serios y reconocidos, como el doctor Leonardo González Wilhelm, en el ámbito de la medicina forense, y doña Patricia Condemarín Bustos, en el área de la psicología forense.

No obstante el fallo, en su fundamento 7°, consigna que no dará valor probatorio a esas pericias por cuanto el objeto de ellas, constituidas por fotocopias no legalizadas de la carpeta investigativa, están fuera del juicio oral, y por ello, no existen.

Con ese razonamiento el tribunal sostiene que respecto de las pericias presentadas por el Ministerio Público sólo cabe resignarse, pues se desecha de plano que la defensa pueda poner en duda la rigurosidad, los procedimientos, la metodología y conclusiones de los informes realizados por los profesionales auxiliares de la Fiscalía, pues se consigna en el fallo que una metapericia encargada por la defensa, al basarse sólo en la información contenida en la carpeta, no resulta ser un medio legalmente aceptable.

Plantea que tal razonamiento conlleva la negación del principio de libertad de prueba y de paso se constituye en una obstrucción insalvable

para la defensa a la hora de generar prueba de desacreditación y descargo, vulnerándose la esencia del derecho.

En torno a la prohibición de autoincriminación -segundo segmento del recurso-, expresión del derecho a guardar silencio, explica que se enmarca dentro de las garantías que aseguran la incoercibilidad del imputado para convertirse en fuente de información de cargo, por ello su declaración ha sido concebida como medio de defensa en el artículo 98 del Código Procesal Penal, de lo que se sigue que se trata de un derecho que puede ser renunciado y convertirse en una herramienta activa de descargo. Incluso, de respetarse todas las formalidades que aseguran la declaración del imputado, puede llegar a constituirse de manera directa o indirecta en una fuente de información que sustente los cargos de la acusación, en tanto existan otros elementos suficientes, de conformidad a lo que dispone el artículo 340 inciso tercero del mismo texto procesal penal.

Asevera entonces que una consecuencia inevitable del derecho a guardar silencio es que nunca puede ser valorado como elemento de cargo, que es lo que en este caso constituye la infracción, al otorgar peso como antecedente incriminatorio al hecho de haberse guardado silencio en el juicio.

Destaca que el considerando 6° de la sentencia, en su último párrafo, consigna que el acusado, “ante tan grave acusación, guardó silencio en el juicio como medio de defensa, naturalmente en ejercicio de su dere-

cho a hacerlo y a no declarar contra sí mismo, sin perjuicio que el sentido común exige una explicación, explicación que durante la investigación el acusado había entregado al Comisario Sergio Torres, situándose en el lugar del hecho con la menor, negando haberla tocado y que concluyó que las versiones de los testigos y la inspección ocular al sitio del suceso, le reafirmaron al policía la versión de la víctima y permitieron situar al imputado con la víctima al interior del sitio del suceso a lo menos en dos ocasiones; también de que el imputado ocultó información en el sentido que él señaló que estuvo una sola vez al interior del quincho con la víctima y con la dueña de casa dijo que estuvo tres veces, y la asesora del hogar dijo que en dos ocasiones por lo menos estuvieron en el interior del quincho los dos solos”.

Aduce que esta errada valoración del silencio del acusado se venía anunciando en el considerando 3° del fallo cuando consigna “el acusado advertido de sus derechos, y ante tan grave acusación, guardó silencio como medio de defensa”.

En definitiva, plantea la defensa que lo que se hace es consignar la versión de un policía que afirma haber escuchado al imputado y a testigos referirse a ciertos puntos de la acusación contraponiéndola al silencio del imputado, argumentando que renunciar a éste sería una exigencia del sentido común, afirmación que no puede ser interpretada como una referencia a las normas de la sana crítica contempladas en el artículo 297 del Código Procesal Penal, es

decir, entienden los jueces que frente a una grave acusación el imputado debe renunciar al silencio pues de lo contrario el sentido común se encargará de darle valor en su contra. Tal razonamiento no aparecería revestido de legitimidad, por el contrario, arranca de motu proprio del tribunal, vulnerando las normas que rigen su pasividad.

Con estos argumentos solicita se acoja el recurso por la causal invocada, se anule el juicio y la sentencia, determinando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento, remitiendo los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para la realización de un nuevo juicio.

TERCERO: Que como el recurrente se asila en la causal de nulidad contenida en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, afirmando que se infringieron sustancialmente sus derechos o garantías como imputado, en particular, su derecho al debido proceso legal, en las dos vertientes que indica, corresponde determinar si ha existido o no la vulneración denunciada, en relación al mérito de los antecedentes de la causa y lo que al efecto se desprende de la prueba rendida.

CUARTO: Que el debido proceso, tal como ya ha tenido oportunidad de señalar este tribunal, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República en cuya virtud toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, y la misma Carta Fundamental, en el artículo 19, N°3°,

inciso 5°, le confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. Es así que en torno a los aspectos que contempla el derecho a un debido proceso no hay pareceres discrepantes en cuanto lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y las leyes, entregan a las partes de la relación procesal, a las que se asegura que puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes con la decisión, que se respeten los procedimientos establecidos en la ley, que se dicten resoluciones motivadas o fundadas, entre otras.

Es efectivo, como anota el recurrente, que la normativa que invoca consagra no sólo el derecho a proponer y lograr la producción de prueba, porque aquella también establece reglas para controlar la introducción de la prueba del adversario; por lo que la defensa es eficiente sólo en cuanto le es posible ejercer una actividad concreta en orden al descargo y, adicionalmente, en torno a la incorporación de evidencia.

QUINTO: Que en este entendimiento, la facultad de ejercer un control concreto y eficaz sobre la prueba de cargo ha sido descrita en el marco del principio *nulla probatio sine defensione*, según el cual la principal condición epistemológica de la prueba radica en la refutabilidad de la hipótesis acusatoria experimen-

tada por el poder de confrontarla de la contraparte interesada.

SEXTO: Que en el caso en análisis, lo cuestionado por la defensa es la exclusión o inadmisión de su prueba pericial, lo que advierte del fundamento séptimo del fallo atacado cuando el tribunal resuelve que “no dará valor probatorio a los metaperitajes de los peritos don Leonardo Gonzalez y doña Patricia Condemarín, presentados por la defensa, por cuanto el objeto de tales pericias constituidos por fotocopias no legalizadas de la carpeta investigativa están fuera del juicio oral, y lo que no está en el juicio oral no existe”.

SÉPTIMO: Que la ley reconoce y garantiza a los intervinientes a presentar informes periciales elaborados por peritos de su confianza en los casos determinados por la ley, siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio, parecer que debe entenderse en los términos que señala el artículo 315 del Código Procesal Penal.

OCTAVO: Que según reconocimiento del impugnante, la decisión del tribunal le privó del derecho de poner en cuestión a través de la mentada prueba la rigurosidad -o falta de ésta- en los procedimientos, metodología y conclusiones de los informes realizados por los profesionales auxiliares de la Fiscalía, lo que califica como una negación al principio de la libertad de prueba.

NOVENO: Que sobre esta materia, el legislador ha dotado a la defensa de mecanismos precisos y determinados a efectos de controlar el ingreso de la prueba de cargo, particularmente en el artículo 318 del Código Procesal Penal, que perentoriamente señala que los peritos no podrán ser inhabilitados, no obstante lo cual, durante la audiencia del juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones.

DÉCIMO: Que de este modo, de aceptarse las alegaciones que a este respecto formula la defensa significaría apartarse de las formas procesales para la desacreditación de los peritos, reglas desconocidas por la defensa en el juicio, de modo que es de toda evidencia que la decisión del tribunal de desestimar todo valor a las pericias aportadas por la defensa, lejos de afectar la garantía del debido proceso en su vertiente de libertad de prueba que se dice amagada, veló por la ritualidad del juicio y la estricta sujeción a la ley, obligaciones que también alcanzan a la defensa.

UNDÉCIMO: Que el agravio a la garantía del debido proceso debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte, esto es, entrobe, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso. Son las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el juicio las que deben verse efectivamente menoscabadas para que pueda configurarse el perjuicio sin el cual no puede haber nulidad.

DUODÉCIMO: Que en este contexto, no aparece que el imputado fuera puesto en una situación desventajosa al privársele de la posibilidad de rendir prueba pericial para restar valor de convicción a los peritajes de la contraria, por cuanto este objetivo, que ciertamente integra el núcleo del criterio de contradicción, debe ser pretendido mediante la forma señalada en el ya citado artículo 318, y no a través de peritajes producidos para restar mérito a los ya incorporados al juicio, puesto que ello se ha regulado claramente de esta manera.

Así las cosas, se advierte estricta sujeción a la ley por parte del tribunal oral en una materia expresamente prevista en ella, y que la defensa pretendió desconocer, por lo que no se ha configurado transgresión a precepto legal ni constitucional, lo que lleva a desestimar el recurso en este primer segmento.

DÉCIMO TERCERO: Que en nada altera lo concluido la prueba rendida en la audiencia de la vista del recurso, pues no se refiere a las circunstancias que constituyen la causal sino al contenido de lo expresado por sus peritos en el juicio.

DÉCIMO CUARTO: Que el segundo motivo del recurso denuncia infracción al debido proceso que derivaría del valor otorgado al silencio del imputado, lo que advierte de la lectura de los fundamentos tercero y sexto, párrafo final del fallo del tribunal oral, al consignar “el acusado ante tan grave acusación, guardó silencio en el juicio como medio de defensa, naturalmente en ejercicio de su derecho a hacerlo y a no declarar

contra sí mismo, sin perjuicio que el sentido común exige una explicación; explicación que durante la investigación el acusado había entregado al Comisario don Sergio Torres, situándose en el lugar del hecho con la menor ...”.

DÉCIMO QUINTO: Que es efectivo que el que guarda silencio simplemente no dice nada y que de su silencio no cabe extraer conclusión alguna, pues su pasividad sólo puede significar expresión del ejercicio de su derecho -legítimo- a obrar de tal forma, pues no tiene deber jurídico -ni moral- de colaborar con la persecución penal dirigida en su contra, siendo, en consecuencia, obligación de la Fiscalía remover la presunción de inocencia que le asiste.

DÉCIMO SEXTO: Que al margen de ello, que el acusado declare o no es una decisión estratégica de la defensa, ejercitando su derecho ya sea de manera positiva, esto es, a ser oído, y de forma negativa, en su vertiente del derecho a no declarar.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que de la lectura de la sentencia no aparece que se haya otorgado valor al silencio del imputado, pues la decisión arranca exclusivamente de la prueba de cargo aportada por el persecutor, tanto en lo concerniente al delito como a la participación. En efecto, la pregunta que debe responderse en este caso es si la prueba de la parte acusadora fue suficiente para alcanzar la convicción condenatoria, y la respuesta no es otra que el fallo evidencia la prueba incriminatoria y que no se ha razonado dando valor al silencio. Lo que condena es la abundante prueba

rendida, profusamente analizada en el fallo, donde se exponen latamente todas las reflexiones que condujeron a los jueces inequívocamente al establecimiento del delito y a la participación que se le atribuye, motivaciones que se explayan sobre los medios de prueba aportados.

DÉCIMO OCTAVO: Que por ello es claro que el imputado no fue sancionado por la ausencia de una explicación en torno a los hechos como cree ver el recurrente, y la alusión que hace el tribunal sobre este aspecto es inocua, no afecta la esencia del derecho a guardar silencio, y si bien es innecesaria carece de trascendencia a estos efectos, porque, como ya se dijo, la convicción condenatoria se sustenta en otros antecedentes.

DÉCIMO NOVENO: Que en todo caso, el derecho a guardar silencio es de ejercicio sucesivo, vale decir, el imputado puede acogerse al mismo tantas veces como sea llamado a declarar. De este modo, sus versiones previas en sede policial -no cuestionadas- pueden ingresar al pleito a través de la declaración del policía que las presencié. El único objetivo de la referencia al silencio que hace el fundamento sexto del fallo impugnado, reproducido en lo pertinente en el motivo décimo cuarto precedente, es destacar el carácter independiente de cada declaración, de lo que deriva la posibilidad de evaluar el testimonio del policía que percibió sus dichos.

VIGÉSIMO: Que de la forma en que se ha razonado puede sostenerse que los vicios denunciados por la defensa no concurren, por lo que el

arbitrio procesal intentado, sustentado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, habrá de ser desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 372, 373, letra a), 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad promovido por el abogado Jonathan Ramírez Orellana, por el imputado, en contra de la sentencia de diecinueve de abril de dos mil doce, incorporada en copia de fojas 1 a 25 vuelta de este cuaderno, la que, por ende, no es nula,

como tampoco es nulo el juicio oral que le sirvió de antecedente.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del abogado integrante Sr. Luis Bates.

Rol N°3521-12.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el abogado integrante Sr. Luis Bates H.

CORTE DE APELACIONES DE TALCA ACOGE RECURSO DE NULIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO, EN CASO DE ABSOLUCIÓN POR VIOLACIÓN CONYUGAL

María Angélica San Martín Ponce¹

La Corte de Apelaciones de Talca, con fecha 6 de marzo, en causa Rol N°38-2012, acoge recurso de nulidad del Ministerio Público, en caso de violación conyugal absuelto por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cauquenes, por estimar que se configuraba la causal del artículo 374 e) del Código Procesal Penal en relación con el artículo 342 letra c) del mismo Código, calificando al fallo de ilógico e incompleto, de momento que sus apreciaciones se alejan de los principios de la lógica y de las máximas de la experiencia al no hacerse cargo de toda la prueba rendida, careciendo de un análisis completo y razonado de la retractación de la víctima, sin ponderarla.

Dicha declaración de nulidad provocó la realización de un segundo juicio oral, el que se llevó a cabo con fecha 28 de abril de 2012, culminando nuevamente con sentencia absolutoria, dado que la mayoría del tribunal estimó insuficiente la prueba rendida en juicio para acreditar mas allá de toda duda razonable los hechos de la acusación fiscal, básicamente porque la prueba: “tiene(n) como principal sustento los dichos de la afectada conforme denunció a la Policía de Investigaciones, **asertos que fueron negados por aquella en juicio y bajo juramento**”² (lo resaltado es nuestro). Por su parte la magistrado del voto de minoría estuvo por condenar por delito de violación, estimando que correspondía determinar cuál de las dos versiones de la afectada poseía un correlato objetivo en la demás prueba incorporada en juicio, señalando: “reafirmó la convicción de esta sentenciadora sobre los hechos planteados inicialmente por la afectada y por tanto, que lo manifestado por ésta ante estrado se trataba de una retractación falsa, lo percibido conforme al principio de inmediatez...ya que cuando la afectada declaró en juicio mostró especial interés en demostrar que lo que estaba contando obedecía a la realidad, explicando incluso situaciones que no eran parte de las preguntas planteadas por los intervinientes... Por lo demás, el relato prestado por la afectada en audiencia de juicio posee un evidente ganancial secundario, lo que se explica por su actual situación con el encartado, pues han reanudado su vida en común e incluso tienen un nuevo hijo”³.

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

2 Considerando undécimo del fallo voto de mayoría de los jueces Mauricio Leyton Salas y Christian Leyton Serrano.

3 Parte del voto de minoría de la juez Scarlet Quiroga Jara.

Volviendo al análisis del fallo de la Corte de Apelaciones, resaltamos que este además, consideró que el fallo anulado adolecía de falta de rigurosidad en cuanto a los conocimientos científicos y a las máximas de la experiencia, al desestimarse las lesiones que la víctima presentaba en su vagina y en sus brazos según informe de la perito, al no explicarse científicamente las razones por las cuales se descarta, siendo insuficiente señalar que el médico que la atendió en urgencia no las constató, ya que algunas lesiones no resaltan de inmediato, o la naturaleza de la infección que la haga compatible con el acceso forzado del pene en la vagina de la mujer, no siendo suficiente desestimar el testimonio de la perito por falta de bibliografía de respaldo, siendo que los jueces tampoco fundaron en bibliografía que dichas lesiones sean de naturaleza distinta a la de una penetración forzada.

Antecedentes

Hechos de la acusación:

“El día 03 de noviembre de 2010, en horas de la tarde, en el domicilio común del matrimonio conformado por don L.F.J.F. y doña N.T.V.M., (mismo domicilio), el imputado J.F. mediante amenazas verbales consistentes entre otras en “te voy a quebrar la otra mandíbula”, el empleo y uso de un cuchillo y además usando fuerza física sobre su cónyuge N.T.V.M., neutralizando la oposición con el empleo de sus manos sobre el cuerpo de la víctima procedió a desnudarla parcialmente y contra la voluntad de esta, accederla carnalmente mediante la introducción de su pene en la vagina de su cónyuge, luego de consumado el hecho, el imputado L.F.J.F., encerró en el domicilio a la víctima N.T.V.M., logrando esta escapar saltando la reja y pidiendo auxilio a terceros”⁴.

Ante la primera sentencia absolutoria, el Ministerio Público dedujo recurso de nulidad, por el motivo absoluto de nulidad contenido en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, cuando en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en las letras c), d) o e) del artículo 342 del Código Procesal Penal. La letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, dispone: “la sentencia definitiva contendrá: (...) c) *la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297*”⁵.

4 Hechos tomados del texto de la acusación fiscal.

5 El artículo 297 inciso segundo y la parte final del inciso tercero del Código Procesal Penal, señala: “*El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiese desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.*”

La sentencia anulada analiza los medios de prueba del juicio en el considerando noveno, omitiendo la exposición de los hechos y circunstancias que se dan por acreditados para fundamentar la decisión de absolución.

Aspectos críticos del fallo del TOP y que culminaron con su declaración de nulidad

La Corte de Apelaciones de Talca al acoger el recurso de nulidad del Ministerio Público, lo hace por considerar que: *“el fallo no es lógico ni completo, careciendo de argumentos que permitan entender el porqué no admiten parte de aquella -la prueba-”*. Y por *“falta de rigurosidad en lo que se refiere a los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia”*.

Así se consigna en su considerando quinto al señalar: *“Que leída y analizada la sentencia se observa que no se ha cumplido con una exposición en los términos del artículo antes reproducido; en efecto dicho fallo no es lógico ni completo, del momento que sus apreciaciones se alejan de los principios de la lógica y de las máximas de la experiencia al no hacerse cargo de toda la prueba rendida, careciendo de argumentos que permitan entender el porqué no admiten parte de aquella.*

En efecto la sentencia carece de un análisis completo y razonado de la retractación de la víctima, sin ponderarla o sin señalar la calidad de ésta en relación a la vida anterior de la pareja siendo insuficiente la narración que consta en el motivo décimo del fallo.

Por otro hay una falta de rigurosidad en lo que se refiere a los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, cuando desestima las lesiones que la víctima presentaba en su vagina y en sus brazos que, aún cuando pudieren aceptarse, no explican -científicamente- las razones por las cuales las descarta, siendo insuficiente señalar que el médico que la atendió en urgencia no las constató, ya que algunas lesiones no resaltan de inmediato, o la naturaleza de la infección que la haga compatible con el acceso forzado del pene en la vagina de la mujer, desestimando el testimonio de la perito por falta de bibliografía respaldatoria, sin embargo los jueces tampoco hacen acopio de bibliografía para explicar que las lesiones vaginales que presentaba la víctima (que no se describen) sean de naturaleza distinta a la de una penetración forzada”.

Dichas falencias del fallo del Tribunal Oral se pueden visualizar en:

a) Exigencia de determinados medios de prueba

Destaca en este punto la prevención que el Tribunal Oral en el considerando noveno hace antes de valorar la prueba haciendo una declaración de principios al señalar: *“Antes de entrar a exponer sobre los medios de prueba que sirvieron de*

Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

base para la fijación de los hechos, consideramos necesario precisar –en primer lugar– la relevancia que adquiere la “credibilidad de relato de la víctima” en este tipo de acusaciones y ello, porque sabido es, que los delitos sexuales generalmente se cometen en forma soterrada, sin más testigos que la víctima y el victimario, y muchas veces, ni siquiera dejan huellas físicas e inequívocas de su ocurrencia(...).”

En este contexto un relato “creíble” es la piedra base, sobre la cual se constata el hecho punible, pero construir convicción de condena –en los términos que exige el artículo 340 del CPP– supone algo más que esta “credibilidad” (bien es sabido que algo – que – no – es – cierto puede relatarse de una manera aparentemente creíble).

Concluir lo contrario implicaría de suyo catalogar como innecesaria a la investigación, la presentación de pruebas, su valoración y transformar el Juicio Oral Penal, en un mero acto de fe(...).”

De esta manera el tribunal, se plantea de inmediato la idea de los juzgadores de absolver, sin haber realizado de modo previo un análisis de cada uno de los medios de prueba.

b) Falta de valoración de la retractación

Aquí nuevamente los magistrados, exigen determinados elementos para sostener su concurrencia, específicamente requieren de un *diagnóstico de personalidad*, señalando que aquello les permitiría descartar una manipulación de parte del acusado o terceros para desencadenar el proceso de retractación como fenómeno de la violencia intrafamiliar. En este punto el fallo señala: *“Extraña a estos magistrados que nada se haya hecho, respecto de un diagnóstico de personalidad, elemento que permitiría descartar una manipulación de parte del acusado o terceros para desencadenar el proceso de retractación como fenómeno de la violencia intrafamiliar, el ente fiscal, pretende fundar tal elemento en la testigo Parra Alarcón (URAVIT), con el sinnúmero de ripios que su declaración presenta, en las cuales carece de rigurosidad científica e incluso, contradicciones, ya que según sus dichos efectúa una sola entrevista personal y las demás la obtiene mediante contacto telefónico, señala que hay un daño emocional evidente por los desborde de temor y rabia, pero no puede definir la personalidad de la víctima”. Además agrega el fallo: “que bajo el principio de inmediación, que permite a estos jueces apreciar la prueba de manera directa, la víctima se muestra segura de sí misma, sin detectar algún miedo o temor respecto de su agresor, incluso, en momentos se plantea desafiante al interrogatorio fiscal. Esto también se vio reflejado en su postura corporal, al momento de su declaración e interrogatorio, lo que no permite vislumbrar en forma alguna que ella se encontrase presionada para retractarse de la forma que lo efectuó”.*

Así los sentenciadores valoraron desde sus particulares perspectivas personales, ciertas actitudes y reacciones de la víctima para descartar la presencia de la retractación, siendo discutible las conclusiones a las que arriban especialmente por las complejidades que implica el fenómeno de la retractación y porque tampoco valoran las débiles justificaciones o explicaciones que da la víctima

para señalar que mintió, que los hechos denunciados en realidad no ocurrieron. En este punto el fallo se conforma con la explicación que da la víctima respecto de la motivación, de la supuesta denuncia falsa, al consignar: *“Afirma que la denuncia la efectuó en un momento de rabia e impotencia, ya que pensó que su cónyuge se reía de ella, toda vez después de haber mantenido relaciones sexuales, se fue del hogar sin decir palabra alguna, y como se encontraba firmando pensó en ‘joderlo’(sic)”*.

No obstante señalar en otra parte del fallo que para evaluar la declaración de la víctima había que indagar *“la ausencia de ganancia secundaria”*, siendo que al momento de juicio la víctima recientemente había dado a luz a su segundo hijo con el imputado. Revelador del interés manifiesto de la víctima de exculpar al acusado, resultan los términos usados al referirse al historial de VIF *“...no he tenido otros episodios de violencia...bueno si una vez que me dio un palmetazo (lo resaltado es nuestro) y se me rompió la mandíbula pero por que ya me la había roto antes...y en realidad yo fui quien lo provoqué en esa ocasión...”*. Esto al referirse a la causa previa entre las mismas partes, donde el imputado fue condenado por el delito de lesiones graves (fractura mandíbula).

c) Contradicción a la prueba científica (pericia del SML)

Cabe mencionar que dicho peritaje da cuenta de lesiones vaginales y corporales en el cuerpo de la víctima, compatibles con relaciones sexuales forzadas tipo violación, consumadas por su esposo, tal como lo narró la víctima. Descartando un roce normal, o algún tipo de rasquido, atendido la profundidad del mismo.

En este punto el TOP señala que la perito hace una apreciación sin instrumento especial, para tal efecto, sin apoyarse en ninguna bibliografía especializada, efectuando afirmaciones categóricas que le restan merito probatorio. Haciendo ver como dudosa la existencia de lesiones (erosiones en su brazo, codo y mano), y porque el médico de urgencia del hospital indicó que la ofendida se presentaba sin lesiones.

En este punto la Corte de Apelaciones es contundente al señalar que el Tribunal no puede invalidar la pericia, aduciendo la falta de biografía respaldatoria, sin a su turno no justificar técnicamente en bibliografía una conclusión diversa a la llegada por la perito.

Valoración de la prueba en el Código Procesal Penal

El legislador, establece los requisitos de un juicio razonable, a saber, en primer término, que se realice un análisis completo de la prueba rendida. En seguida se deben consignar en la sentencia todos y cada uno de los hechos que se dan por acreditados y los medios de prueba directos e indirectos con los que se dan por establecidos esos hechos. Finalmente, el fallo debe permitir la “reproduc-

ción” del razonamiento utilizado por el sentenciador para que el lector pueda entender el discurrir del tribunal sin que existan lagunas racionales. Lo que se busca es que el fallo pueda ser entendido en su lógica argumentativa, si bien se pueda disentir del razonamiento efectuado.

Alguna doctrina respecto al sistema chileno de valoración de la prueba

La profesora María Inés Horvitz, al referirse al sistema chileno de valoración de la prueba señala que “(...) *la garantía procesal que asume enorme significación en un sistema de libre valoración de la prueba es el que impone al tribunal el deber de motivar el fallo, es decir, hacer que aquél justifique mediante argumentaciones racionales su decisión, sometiéndola a un control externo de verificación. En este plano se insertan las normas contenidas en los incisos segundo y tercero del artículo 297 del Código Procesal Penal*”⁶.

El sistema que actualmente nos rige es el de “*la sana crítica*” que, a diferencia del sistema de la libre convicción, tiene como elemento esencial “*el deber e imperativo de fundamentar adecuadamente el fallo, de manera que fluya claramente de éste los criterios de la lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos afianzados utilizados por el tribunal y que le han permitido dar por establecidos determinados hechos mediante los medios de prueba rendida en el juicio y restarle valor probatorio a otras pruebas que se hubieren generado durante éste*”⁷.

Respecto a la causal de nulidad acogida en este caso, es importante señalar que, como lo hacen los profesores Mosquera y Maturana, las exigencias de racionalidad, coherencia y razonabilidad del fallo “*no se limitan a meros aspectos de carácter formal, como no señalar y ponderar todas las pruebas rendidas en el proceso*”, sino que va mas allá, porque de lo contrario, agregan, “*nos conduciría a estimar que nuestro sistema procesal penal ha establecido un sistema irracional de la libre convicción*”. Lo que finalmente implicaría la afectación al debido proceso⁸.

Sentencia:

Talca, seis de marzo de dos mil doce.-

VISTO:

El fiscal adjunto del Ministerio Público don Francisco Javier Ávila

Calderón, recurre de nulidad en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal de juicio oral en lo penal de Cauquenes, de fecha 20 de enero de este año, que absolvió a L.F.J.F. de la acusación formulada en su contra como autor del delito de violación contemplado en el artículo 361 N°1

6 Horvitz Lenon, María Inés, Derecho Procesal Penal Chileno, p. 335, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II.

7 Maturana Miquel, Cristián; Montero López, Raúl, Derecho Procesal Penal, pp. 930 – 931, Legal Publishing Chile, Tomo II.

8 Mosquera Ruiz, Mario; Maturana Miquel, Cristian, Los Recursos Procesales, p. 356, Editorial Jurídica de Chile.

del Código Penal, en relación con el artículo 5 de la Ley N°20.066.

Funda el recurso en la causal de la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, esto es, cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letra c) de dicho cuerpo legal, es decir, la omisión de la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 297 del mismo texto legal.

Expone que el 3 de noviembre de 2010 en el domicilio que comparten el matrimonio formado por el acusado y doña N.T.V.M., aquél mediante amenazas verbales como “te voy a quebrar la otra mandíbula”, el empleo y uso de un cuchillo y ejerciendo fuerza física sobre su cónyuge, neutralizando la oposición de aquella con sus manos en su cuerpo, procedió a desnudarla parcialmente, accediéndola carnalmente, contra su voluntad, introduciendo el pene en la vagina de su mujer, para luego encerrarla en el domicilio, la que logró escapar saltando la reja y pidiendo auxilio a terceros.

El recurrente sostiene que la sentencia omite exponer los hechos y circunstancias que da por acreditado el juzgador y que justifican la decisión de absolución; valoriza parcialmente la prueba rendida por la Fiscalía; omite valorar la prueba correspondiente a la declaración de la perito

del Servicio Médico Legal; fundamenta la sentencia con apreciaciones personales; en abierta contradicción a la prueba rendida; y omite juicio y evita valoraciones que atentan contra las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia y contra los conocimientos científicamente afianzados.

Finaliza solicitando se acoja el recurso de nulidad, se invalide el juicio y la sentencia recurrida y se disponga la remisión de los autos al tribunal correspondiente para la realización de un nuevo juicio.

OIDO LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el recurrente invoca como causal de nulidad la contenida en letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación al artículo 342 del mismo cuerpo de leyes, en lo relativo a la letra c), con relación a lo dispuesto en el artículo 297 del mismo compendio legal.

Lo que cuestiona en su recurso es, justamente, la omisión clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, fueren ellos favorables o desfavorable al acusado, cuestionando el “adelantamiento” de la absolución al realizar una prevención con antelación al análisis de la prueba.

SEGUNDO: Que cuestiona además que no se valore en la sentencia la declaración de la víctima, sin señalar los motivos por los cuales desestima su versión, lo que lleva a los sentenciadores a conclusiones contradictorias, como lo es aceptar un

coito voluntario sin hacerse cargo del contexto completo de lo narrado, desligándose de los dichos completos de la víctima que reproduce en su recurso, por lo que la sentencia, a juicio del recurrente, no reproduce de manera completa y coherente la realidad del juicio, siendo en consecuencia incompleta.

También el recurrente sostiene que los falladores imponen una exigencia imposible de cumplir por la negativa de la víctima, esto es, una pericia de credibilidad, lo que responde a los síntomas de la retractación, evidenciando un desconocimiento de los conocimientos científicamente afianzados del momento que la pericia a que se refieren fue rechazada por la víctima y que la misma no está validada para adultos, a lo que agrega que el tribunal impone la obligación de acreditar determinados hechos, única y exclusivamente, con determinados medios de prueba, en orden a establecer máxima certeza, sistema que se encuentra obsoleto.

TERCERO: Que el ente persecutor cuestiona, además, que los jueces fundamenten la sentencia en base a apreciaciones personales, en abierta contradicción a la prueba rendida, contradiciendo incluso prueba científica, como lo es la existencia de erosiones; cuestionan también la sentencia en la valoración que se hace de la retractación de la víctima, contraviniendo lo prevenido en la Ley N°20.066, que impide los acuerdos reparatorios, relacionado con el interés público prevalente.

El recurrente, de lo anterior, reafirma que no ha existido una exposición

clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaron dichas conclusiones.

CUARTO: Que la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal exige que la exposición que los jueces hacen en la sentencia sea clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probadas y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren sus conclusiones, apreciación en la cual no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, para lo cual deben hacerse cargo de toda la prueba producida.

QUINTO: Que leída y analizada la sentencia se observa que no se ha cumplido con una exposición en los términos del artículo antes reproducido; en efecto dicho fallo no es lógico ni completo, del momento que sus apreciaciones se alejan de los principios de la lógica y de las máximas de la experiencia al no hacerse cargo de toda la prueba rendida, careciendo de argumentos que permitan entender el porqué no admiten parte de aquella.

En efecto la sentencia carece de un análisis completo y razonado de la retractación de la víctima, sin ponderarla o sin señalar la calidad de ésta en relación a la vida anterior de la pareja siendo insuficiente la narración que consta en el motivo décimo del fallo.

Por otro hay una falta de rigurosidad en lo que se refiere a los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, cuando desestima las lesiones que la víctima presentaba en su vagina y en sus brazos que, aún cuando pudieren aceptarse, no explican –científicamente– las razones por las cuales las descarta, siendo insuficiente señalar que el médico que la atendió en urgencia no las constató, ya que algunas lesiones no resaltan de inmediato, o la naturaleza de la infección que la haga compatible con el acceso forzado del pene en la vagina de la mujer, desestimando el testimonio de la perito por falta de bibliografía respaldatoria, sin embargo los jueces tampoco hacen acopio de bibliografía para explicar que las lesiones vaginales que presentaba la víctima (que no se describen) sean de naturaleza distinta a la de una penetración forzada.

Conforme a lo razonado, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 352, 358, 360, 384 y 386 del Código Procesal Penal, se acoge sin costas, el recurso de nulidad interpuesto por el fiscal del Ministerio Público don Francisco Javier Ávila Calderón en causa R.I.T. 274-2011 del Tribunal de juicio oral en lo penal de Cauquenes, consecuentemente el fallo dictado en ese tribunal el 20 de enero de 2012 es nulo, retro trayéndose la causa al estado que se realice una nueva audiencia de juicio ante jueces no inhabilitados.

Insértese en el acta respectiva.

Redacción del Presidente de la Sala de Verano, Ministro don Rodrigo Biel Melgarejo.

Regístrese y devuélvase.

Rol N°38-2012 R.P.P.

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

LA NUEVA INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL

Alejandro Litman Silberman¹

1. Introducción

Desde el 9 de marzo del año 1994, fecha en que fuera publicada en el Diario Oficial la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente² (en adelante, LGBM) que estableció por primera vez un marco para la regulación ambiental en Chile, la institucionalidad creada fue objeto de críticas constantes y generalizadas³, las que progresivamente fueron profundizándose a medida que esta institucionalidad fue puesta a prueba con proyectos ambientales cuyas aprobaciones, en reiteradas oportunidades, generaron un alto grado de rechazo tanto en sectores políticos, técnicos y de la ciudadanía en general.

Las críticas a esta institucionalidad usualmente se centraban en la carencia de políticas y normas, la deficiente coordinación e integración de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (en adelante, CONAMA) dentro de un sistema administrativo caracterizado por su centralización y verticalidad, así como mantener una visión sectorial de política y normativa ambiental que facilitaba la superposición de competencias ambientales, y particularmente el hecho que fueran autoridades más políticas que técnicas las encargadas de realizar la calificación ambiental de los proyectos⁴.

- 1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 Ley N°19.300, aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Promulgada el 1 de marzo de 1994 y publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo del mismo año. Última modificación el 13 de noviembre de 2010 por la Ley N°20.473 (otorga, transitoriamente, las facultades fiscalizadoras y sancionadoras que indica a la comisión señalada en el artículo 86 de la Ley N°19.300).
- 3 A modo meramente ejemplar, en tal sentido se pronuncian: SIERRA, Lucas. Reforma de la Institucionalidad Ambiental: Problemas y oportunidades. En Revista Estudios Públicos N°111, invierno 2008. Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2008, pp. 57-102; PIZARRO, Rodrigo. Los cinco problemas de la institucionalidad ambiental en Chile. Serie En Foco N°89. Corporación Expansiva, Santiago, 2006; FIGUEROA, Eugenio, HERVÉ, Dominique. Evaluación del marco institucional y de la gestión ambiental en Chile. Serie En Foco N°96. Corporación Expansiva, Santiago, 2006; INFORME JADRESIC. Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado. Informe Final. Protección del Medio Ambiente. Explotación de Recursos Naturales. Documento no editado. Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado, 1998; y CASTILLO, Marcelo (Informe Castillo). Estudio de la Reforma de la Ley N°19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Informe Final, CONAMA, Santiago, 2000.
- 4 BOETTIGER, Camila. Nueva institucionalidad ambiental. En Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile. Julio 2010. Año XI, N°22, 11, pp. 87-117.

Esta disconformidad con el marco ambiental de la LGBM se acrecentó con lo ocurrido en el año 2004 en el Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter, a los pocos meses de haber comenzado a operar la Planta Valdivia de la empresa Celulosa Arauco y Constitución (CELCO). La muerte de gran cantidad de cisnes de cuello negro y otras aves silvestres en el río Cruces, en San José de la Mariquina, a consecuencia de la contaminación de dioxinas provocada por dicha Planta afectaron gravemente los humedales de dicho Santuario, único de la Décimo Cuarta Región de Los Ríos. Dicho caso pasó a constituirse en uno de los paradigmas de la deficiente protección del medio ambiente en Chile.

Tales hechos dieron lugar a la presentación de recursos de protección, denuncias y querellas criminales⁵ y demandas civiles. Al día de hoy el único procedimiento que se encuentra aún vigente es aquél iniciado con la demanda por daño ambiental presentada por el Consejo de Defensa del Estado en contra de la empresa Celulosa Arauco y Constitución (CELCO)⁶ que persigue la reparación del medio ambiente afectado y una indemnización de perjuicios, y que se encuentra en su etapa probatoria.

El desastre del río Cruces llevó a distintos sectores sociales y políticos, y a la opinión pública en general, al convencimiento que era imperioso modificar y corregir las falencias de una institucionalidad ambiental que no cumplía con su objetivo de proteger el medio ambiente. A ello se sumó la evaluación realizada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) al desempeño ambiental de Chile durante el período 1999-2004 como parte del proceso de aceptación de nuestro país como miembro de dicho organismo, y que en su informe del año 2005 realizó una serie de recomendaciones en los ámbitos de la gestión ambiental, el desarrollo sustentable y el fortalecimiento de los compromisos internacionales⁷.

Con fecha 5 de junio del año 2008 ingresó a la H. Cámara de Diputados el Mensaje N°352-356 de S.E. la Presidenta de la República con el que ini-

5 La investigación RUC 0400438154-3 se inició mediante denuncia presentada en la Fiscalía Local de Valdivia por los delitos previstos en los artículos 291 del Código Penal y 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, contra de quienes resulten responsables. Posteriormente quedó a cargo de la investigación la Fiscalía Local de San José de la Mariquina, la que con fecha 18 de octubre del año 2010 comunicó ante el Juzgado de Garantía de la misma localidad la decisión de no perseverar en la investigación, por no existir antecedentes para fundar una acusación, según se establece en el artículo 249 del CPP.

6 Primer Juzgado Civil de Valdivia, Rol C-746-2005, caratulado "ESTADO-FISCO DE CHILE con CELULOSA ARAUCO CONSTITUCIÓN S.A.", iniciado con fecha 27 de abril del 2005.

7 Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile. Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Publicaciones OCDE, 2005. París, Francia. Disponible en http://www.oecd.org/findDocument/0,3770,en_33873108_39418658_1_119663_1_5_1,00.html

ciaba un proyecto de ley que creaba el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, que finalizó su tramitación el 12 de enero del 2010 con la promulgación de la Ley N°20.417, publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de enero del mismo año.

La Ley N°20.417 modifica una serie de cuerpos legales, comenzando obviamente por la LGBM, además de la Ley N°18.892 General de Pesca y Acuicultura, la Ley N°17.288 sobre Monumentos Nacionales, el DL N°1.939 sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado, la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, el DFL N°294 que establece la funciones y estructura del Ministerio de Agricultura, el Código de Aguas, y la Ley N°18.902 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

No obstante las modificaciones que introduce la Ley N°20.417, es preciso señalar que con ella no se agota la reforma a nuestra institucionalidad ambiental, toda vez que este mismo cuerpo legal, en sus disposiciones transitorias, “(1) vincula la entrada en vigencia de la Superintendencia a la aprobación de el (los) tribunal(es) ambiental(es)⁸ y (2) obliga al Presidente de la República a presentar un proyecto de ley para el establecimiento del servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas^{9,10}, aspecto éste último al cual ya se dio cumplimiento mediante el ingreso a tramitación al Congreso de dos proyectos de ley, uno que crea el Servicio Nacional Forestal, CONAF¹¹, y otro que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Silvestres protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas¹².”

Sin perjuicio que la instalación del primero de los tres Tribunales Ambientales que se crean sólo se producirá a fines de este año, es necesario destacar tam-

8 “Las normas establecidas en los Títulos II, salvo el párrafo 3°, y III del Artículo Segundo de la presente ley, que crean la Superintendencia del Medio Ambiente, entrarán en vigencia el mismo día que comience su funcionamiento el Segundo Tribunal Ambiental”.

9 “Dentro del plazo de un año desde la publicación de esta ley, el Presidente de la República deberá enviar al Congreso Nacional uno o más proyectos de ley por medio de los cuales se cree el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, y se transforme la Corporación Nacional Forestal en un servicio público descentralizado. El rediseño a que se refiere el inciso anterior se efectuará resguardando los derechos de los trabajadores de la referida Corporación”.

10 GUILOFF, Matías. Nueva Institucionalidad Ambiental: Hacia una regulación deliberativa. En Anuario de Derecho Público 2011, pp. 231-242. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, Chile.

11 Iniciado por Mensaje N°596-358 de fecha 26 enero 2011, y que a la fecha de preparación de este artículo se encontraba en espera de insistencia ante el Senado por rechazo de la idea de legislar, con discusión inmediata. Boletín 7486-01.

12 Iniciado por Mensaje N°595-358 de fecha 26 enero 2011, y que a la fecha de preparación de este artículo se encontraba en primer trámite constitucional ante el Senado, sin urgencia. Boletín 7487-12.

bién el importante papel que cumple en este nuevo sistema la recientemente publicada Ley N°20.600, que crea los Tribunales Ambientales¹³.

Este artículo tiene por objeto revisar la estructura orgánica de la nueva institucionalidad ambiental chilena, realizando una breve descripción de las funciones de cada uno de los estamentos involucrados así como de los ajustes de competencias realizados, teniendo presente la vinculación existente entre estas materia con aquellas de competencia del Ministerio Público.

2. La nueva orgánica ambiental

Las bases del nuevo modelo de institucionalidad ambiental se encuentran en el cambio de un modelo coordinador por uno centralizado, caracterizado por una división de las funciones de la actividad pública en materia ambiental, así como por la tecnificación de las decisiones ambientales y la inclusión de mecanismos de participación ciudadana.

Desde una óptica orgánico-funcional cabe indicar que a la cabeza de esta nueva institucionalidad se ubica el Ministerio del Medio Ambiente (en adelante, MMA), encargado de definir las políticas y normas de regulación ambiental, con el apoyo del denominado Consejo de Ministros para la Sustentabilidad (en adelante, CMS), órgano de deliberación de política pública y regulación general en materia ambiental. En materia de gestión ambiental, el Servicio de Evaluación Ambiental (en adelante, SEA) es el encargado de la administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, SEIA). La mayor innovación se observa en el establecimiento de un sistema integrado de fiscalización ambiental, función encomendada a la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, SMA), y en la creación de los Tribunales Ambientales, órgano jurisdiccional con competencia “contencioso administrativo ambiental”¹⁴.

Respecto del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas cuyo establecimiento, como ya se señaló, se encuentra aún en tramitación legislativa¹⁵, únicamente diremos que será el encargado de administrar y supervisar el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (en adelante, SNASPE), debiendo asimismo proponer la creación de áreas protegidas, todo ello con miras a proteger la diversidad biológica, velando por la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental.

A continuación nos referiremos a los distintos organismos que conforman esta nueva institucionalidad ambiental.

13 Ley N°20.600, crea los Tribunales Ambientales. Ministerio del Medio Ambiente. Promulgada el 18 de junio del 2012 y publicada en el Diario Oficial el 28 de junio del mismo año.

14 Ob. Cit. BOETTIGER, Camila. Nueva institucionalidad ambiental.

15 Ver notas 11 y 12.

2.1 Ministerio del Medio Ambiente

Es la Secretaría de Estado encargada de colaborar con el Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental, en la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales renovables e hídricos, de la promoción del desarrollo sustentable y de la integridad de la política ambiental y su regulación normativa¹⁶.

Según lo dispuesto en el artículo tercero transitorio de la Ley N°20.417¹⁷ el MMA, junto con el SEA, son los sucesores legales de la CONAMA.

Se encuentra encabezado por un Ministro, quien tiene su cargo la dirección superior del Ministerio y que en tal calidad preside el CMS, contando con la facultad de convocarlo a sesionar y decidir en caso de empate entre sus miembros. También preside el Consejo Consultivo del Ministerio del Medio Ambiente¹⁸. El Subsecretario del Medio Ambiente es el Jefe Superior del Servicio y el colaborador inmediato del Ministro, correspondiéndole la dirección, coordinación y control del cumplimiento y ejecución de las políticas, planes y programas por parte de todas las dependencias ministeriales. Conforman la estructura interna del Ministerio las Divisiones de Recursos Naturales Renovables y Biodiversidad, Estudios, Política y Regulación Ambiental, Educación Ambiental, Administración y Finanzas, y Jurídica.

Las funciones, atribuciones y tareas del MMA se encuentran establecidas en el artículo 70 del nuevo texto de la LGBM, las que consisten fundamentalmente en proponer políticas ambientales e informar periódicamente sobre sus avances y cumplimientos, así como proponer planes, programas y normas relativas a materias como las áreas protegidas del Estado, áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos, residuos y suelos contaminados, cambio climático, recuperación y conservación de los recursos hídricos, genéticos, la flora, la fauna, los hábitats, los paisajes, ecosistemas y espacios naturales, entre otros.

Asimismo, debe colaborar con los ministerios sectoriales en la formulación de criterios ambientales que se deben incorporar en la elaboración de los respectivos planes y políticas, así como con los organismos competentes en la for-

16 Artículo 69, LGBM.

17 *“El Ministerio del Medio Ambiente y el Servicio de Evaluación Ambiental se constituirán para todos los efectos en los sucesores legales de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en las materias de su competencia, de manera que las menciones que la legislación general o especial realice a la precitada institución se entenderán hechas al Ministerio del Medio Ambiente o al Servicio de Evaluación Ambiental, según correspondan”.*

18 Las funciones del Ministro del Medio Ambiente están establecidas en el artículo 3 del Reglamento Orgánico del Ministerio del Medio Ambiente. Aprobado por Decreto Supremo N°3, promulgado el 30 de septiembre del 2011 y publicado en el Diario Oficial el 1 de diciembre del mismo año.

mulación de las políticas ambientales para el manejo, uso y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales renovables e hídricos.

Por otra parte, debe velar por el cumplimiento de las convenciones internacionales en materia ambiental en que Chile sea parte, así como ejercer la calidad de contraparte administrativa, científica o técnica de tales convenciones, sin perjuicio de las facultades del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Finalmente, es el encargado de interpretar administrativamente las normas de calidad ambiental y de emisión¹⁹, los planes de prevención y, o de descontaminación²⁰, de establecer un sistema de información pública sobre el cumplimiento y aplicación de la normativa ambiental de carácter general vigente, y de fomentar y facilitar la participación ciudadana en la formulación de políticas y planes, normas de calidad y de emisión, en el proceso de evaluación ambiental estratégica²¹ de las políticas y planes de los ministerios sectoriales.

2.2 Servicio de Evaluación Ambiental

Tal como se señaló precedentemente, junto con el MMA son los sucesores legales de la CONAMA²².

Según dispone el artículo 80 de la Ley N°20.417, el SEA es un servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se encuentra sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del MMA, y que se desconcentra territorialmente en cada una de las quince regiones del país a través de las denominadas Direcciones

19 “n) Norma Primaria de Calidad Ambiental: aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población”; “ñ) Norma Secundaria de Calidad Ambiental: aquella que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza”; “o) Normas de Emisión: las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora”.

20 El Plan de *Prevención* es un instrumento de gestión ambiental que tiene por finalidad evitar la superación de una o más normas de calidad ambiental primaria o secundaria, en una zona latente. Por su parte, el Plan de *Descontaminación* es un instrumento de gestión ambiental que tiene por finalidad recuperar los niveles señalados en las normas primarias y/o secundarias de calidad ambiental de una zona saturada.

21 “i bis) *Evaluación Ambiental Estratégica*: el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y plan, y sus modificaciones sustanciales”.

22 Ver nota 17.

Regionales de Evaluación Ambiental. A su cargo se encuentra un Director Ejecutivo Nacional, elegido mediante el Sistema de Alta Dirección Pública.

La creación del SEA tiene por objetivo la tecnificación de la evaluación ambiental de los proyectos y actividades, siendo su principal función administrar el SEIA²³. Asimismo, está encargado de administrar los Sistemas de Información sobre permisos y autorizaciones, y de líneas de bases de los proyectos sometidos al SEIA. De igual manera, debe uniformar los criterios de carácter ambiental (criterios, requisitos, condiciones, antecedentes, certificados, trámites, exigencias técnicas y procedimientos) mediante el establecimiento de guías trámite, proponer la simplificación de los trámites para los procesos de evaluación o de autorizaciones ambientales, interpretar administrativamente las Resoluciones de Calificación Ambiental (en adelante, RCA)²⁴, y fomentar y facilitar la participación ciudadana en la evaluación de proyectos, entre otras.

2.3 Superintendencia del Medio Ambiente

Servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se encuentra sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del MMA. Es la institución fiscalizadora de la nueva orgánica ambiental.

Resulta necesario hacer presente que conforme lo establecen los artículos noveno²⁵ y décimo transitorios²⁶ de la Ley N°20.417, las competencias fiscalizadoras y sancionatorias de la SMA sólo entrarán en vigencia una vez que comience el funcionamiento de los Tribunales Ambientales, lo que ocurrirá a fines de este año.

Su principal función consistirá en el seguimiento y fiscalización del cumplimiento de la normativa e instrumentos de gestión ambiental, específicamente de las RCA, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Desconta-

23 “j) *Evaluación de Impacto Ambiental: el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes*”.

24 Según lo dispuesto en el artículo 24 del actual texto de la LGBM se puede definir la RCA como el acto administrativo mediante el cual concluye el proceso de evaluación ambiental de una actividad o proyecto, la que en caso de ser favorable deberá certificar el cumplimiento de todos los requisitos ambientales aplicables, incluidos los eventuales trabajos de mitigación y restauración, sin que ningún organismo del Estado pueda negar las autorizaciones ambientales pertinentes. En cambio, si la resolución es desfavorable tales autoridades estarán obligadas a denegar las correspondientes autorizaciones o permisos, en razón de su impacto ambiental.

25 Ver nota 8.

26 “*Mientras no entre en funcionamiento el Tribunal Ambiental, las materias contenciosas a las cuales hace referencia la ley N°19.300 seguirán siendo de competencia del juez de letras en lo civil que corresponda*”.

minación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda.

Para el correcto desempeño de dicha función, la SMA se encuentra facultada para requerir de los sujetos fiscalizados la entrega de datos, muestreos, mediciones y análisis de acuerdo a las normas, medidas y condiciones definidas en las respectivas RCA, Planes de Prevención y/o de Descontaminación. Asimismo, puede suspender transitoriamente las autorizaciones de funcionamiento contenidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental y requerir que queden sometidos al SEIA aquellos proyectos que no lo hicieron debiendo haberlo hecho. Finalmente, podrá requerir el cumplimiento de normas y condiciones ambientales, y dictar instrucciones de carácter general dentro de sus atribuciones.

La fiscalización de la Superintendencia podrá realizarse *directamente* por sus funcionarios, *sectorialmente* según los programas y subprogramas de fiscalización previamente definidos entre tales sectores y la Superintendencia, y también en *forma privada* a través de un sistema de acreditación administrado por ésta.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley N°20.417 a la SMA le corresponde el ejercicio exclusivo de la potestad sancionadora respecto de, entre otros, los incumplimientos de condiciones, normas y medidas establecidas en las RCA; medidas e instrumentos previstos en los Planes de Prevención y, o de Descontaminación, normas de calidad y emisión; normas e instrucciones generales impartidas por la SMA; leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con las descargas de RILES; planes de recuperación, conservación y gestión de especies; incumplimiento de requerimientos de información que la SMA dirija a los sujetos fiscalizados; planes de manejo; y de cualquiera toda otra norma de carácter ambiental que no tenga establecida una sanción específica.

En lo que al procedimiento sancionador se refiere, cabe destacar que se reconoce en forma expresa el principio de *non bis in idem*, al prohibir que se sancione administrativamente dos veces por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos²⁷.

En cuanto a las sanciones que puede imponer la Superintendencia, éstas podrán consistir en amonestación por escrito, multa de 1 a 10 UTM, clausura temporal o definitiva, o la revocación de la RCA.

27 “Cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta ley y a otra u otras leyes, de las sanciones posibles, se le impondrá la de mayor gravedad.

En ningún caso se podrá aplicar al infractor, por los mismos hechos y fundamentos jurídicos, dos o más sanciones administrativas”.

La sanción que corresponda aplicar será determinada en base a la gravedad de las infracciones, las que se clasifican en gravísimas, graves y leves.

Son infracciones *gravísimas* los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente, hayan causado daño ambiental no susceptible de reparación, afectado gravemente la salud de la población, entregado información falsa u ocultado cualquier antecedente relevante con el fin de encubrir u ocultar una infracción gravísima, impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia, entre otras. Podrá revocarse la RCA, decretar la clausura o aplicar una multa de hasta 10.000 UTA.

Son infracciones *graves* los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que, alternativamente, hayan causado un daño ambiental susceptible de reparación, generado un riesgo significativo para la salud de la población, que afecten negativamente el cumplimiento de las metas, medidas y objetivos de un Plan de Prevención y/o de Descontaminación, que conlleven el no acatamiento de instrucciones, requerimientos y medidas urgentes dispuestas por la Superintendencia, constituyan una negativa a entregar información relevante en los casos que la ley autoriza a la Superintendencia para exigirla, que se ejecuten al interior de áreas silvestres protegidas del Estado, sin autorización, entre otras. Podrá revocarse la RCA, decretar la clausura o aplicar una multa de hasta 5.000 UTA.

En tanto, son infracciones *leves* los hechos, actos u omisiones que contravengan cualquier precepto o medida obligatorios y que no constituyan infracción gravísima o grave. Podrá amonestarse por escrito o aplicar una multa de una hasta 1.000 UTA.

Para determinar la sanción específica que en cada caso se deba aplicar, la SMA deberá considerar, entre otras, circunstancias tales como la importancia del daño causado o del peligro ocasionado, número de personas cuya salud pudo afectarse por la infracción, beneficio económico obtenido, intencionalidad en la comisión y grado de participación en el hecho, acción u omisión, conducta anterior del infractor, capacidad económica del infractor, detrimento o vulneración de un área silvestre protegida del Estado, etc.²⁸

Por último, cabe destacar que uno de los aspectos más innovadores de la Ley N°20.417 son los llamados *incentivos al cumplimiento ambiental*, que fueron introducidos con miras a propender a una actividad colaborativa entre los sujetos regulados y la entidad fiscalizadora, y que consisten en la autodenuncia, la asistencia al cumplimiento de los sujetos fiscalizados, la presentación de programas de cumplimiento en el proceso sancionatorio y de planes de reparación en casos de daño ambiental.

28 Artículo 40 de la Ley N°20.417.

2.4 Tribunales Ambientales

Como ya se señaló precedentemente, con la reciente publicación de la Ley N°20.600 que crea los Tribunales Ambientales se materializó otro de los aspectos fundamentales de la reforma a la institucionalidad ambiental chilena, sin perjuicio que, tal como ya se señaló, sólo a fines de este año se instalará el primero de los tres Tribunales que se crean. A partir de ese entonces, las facultades fiscalizadoras y sancionadoras de la SMA estarán plenamente vigentes.

Según se señala en el artículo 1, los Tribunales Ambientales son órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Serán los encargados de resolver las controversias en materia ambiental y las demandas por daño ambiental, además de ejercer el control jurisdiccional de las decisiones de la SMA.

La ley establece la creación de tres Tribunales Ambientales, uno por cada zona del país, norte, centro y sur. El Primer Tribunal Ambiental tendrá su asiento en la comuna de Antofagasta y tendrá competencia territorial en las regiones XV, I, II, III y IV. Por su parte, el Segundo Tribunal Ambiental tendrá su asiento en la comuna de Santiago y tendrá competencia territorial en las regiones V, RM, VI y VII. Finalmente, el Tercer Tribunal Ambiental tendrá su asiento en la comuna de Valdivia y tendrá competencia territorial en las regiones VIII, IX, X, XI, XII y XIV.

Mientras el Segundo Tribunal Ambiental comenzará su funcionamiento el 28 de diciembre de este año, el Primero y Tercer Tribunal Ambiental deberán hacerlo el 28 de junio del año 2013.

Cada Tribunal Ambiental estará integrado por tres ministros, dos de los cuales deberán ser abogados con a lo menos diez años de ejercicio profesional y haberse destacado en la actividad profesional o académica especializada en materias de derecho administrativo o ambiental. El tercer integrante será un licenciado en ciencias con especialización en materias medioambientales que también tenga, a lo menos, diez años de ejercicio profesional. El procedimiento de designación de cada ministro se inicia con la apertura de un concurso público dirigido por el Consejo de Alta Dirección Pública, que deberá conformar nóminas con al menos seis candidatos, las que luego envía a la Excma. Corte Suprema para que ésta proponga quinas al Presidente de la República. El nombramiento se realiza con el acuerdo de 3/5 partes de los miembros en ejercicio del Senado.

Entre otras materias²⁹, los Tribunales Ambientales serán competentes para conocer las demandas destinadas a obtener la reparación del medio ambiente dañado, así como para conocer de las siguientes reclamaciones:

²⁹ El listado completo de las materias de competencia de los Tribunales Ambientales está contenido en el artículo 17 de la Ley N°20.600.

- Aquellas que se interpongan en contra de los decretos supremos que establezcan las normas primarias o secundarias de calidad ambiental y las normas de emisión; los que declaren zonas del territorio como latentes o saturadas y los que establezcan planes de prevención o de descontaminación;
- Las que se interpongan en contra de las resoluciones de la SMA que impongan multas o que se pronuncien sobre el cumplimiento de la normativa e instrumentos de gestión ambiental;
- Las que se interpongan en contra de la resolución del Comité de Ministros o del Director Ejecutivo, por negar lugar, rechazar o establecer condiciones o exigencias a una Declaración de Impacto Ambiental o a un Estudio de Impacto Ambiental, o en contra del acto administrativo que realice la revisión excepcional de una RCA;
- Las que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental;
- Las que se interpongan en contra de los actos administrativos que dicten los Ministerios o servicios públicos para la ejecución o implementación de las normas de calidad, de emisión y los planes de prevención o descontaminación, cuando estos infrinjan la ley, las normas o los objetivos de los instrumentos señalados; y
- Las que se interpongan en contra de la resolución que resuelva un procedimiento administrativo de invalidación de un acto administrativo de carácter ambiental.

Desde el inicio de la tramitación del proyecto de ley la incorporación de la figura del “*Amicus Curiae*” fue considerada por todos los sectores políticos como una valiosa contribución a la participación ciudadana ante los Tribunales Ambientales. Según dispone el artículo 19 de la Ley N°20.600, una vez admitida a tramitación una reclamación o una demanda por daño ambiental “*cualquier persona, natural o jurídica, que no sea parte en el proceso, que posea reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del asunto sometido al conocimiento del Tribunal Ambiental y que invoque la protección de un interés público, podrá presentar, por escrito y con patrocinio de abogado, una opinión con sus comentarios, observaciones o sugerencias*”, opinión escrita que deberá ser considerada por el Tribunal en su sentencia definitiva.

En el Título III están contemplados los diferentes procedimientos existentes ante los Tribunales Ambientales, según se trate de reclamaciones, solicitudes y demandas por daño ambiental. Aspectos comunes a dichos procedimientos son las notificaciones y el contenido de las sentencias -ambas regidas por las

disposiciones del Código de Procedimiento Civil-, así como las denominadas medidas cautelares, conservativas o innovativas.

Cabe subrayar el propósito de garantizar doblemente la fundamentación de las sentencias que dicten los Tribunales Ambientales, toda vez que, junto con dictarse conforme lo establecido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, también deberán enunciar los fundamentos técnico-ambientales en virtud de los cuales son dictadas.

En materia de recursos³⁰, la apelación sólo procede respecto de las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación, de las que conocerá la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que las haya dictado. También se contemplan los recursos de casación en la forma y en el fondo, por las materias que para cada caso se señalan en el artículo 26, los que deberán interponerse ante el Tribunal Ambiental que dictó la resolución recurrida para ser conocidos por la Corte Suprema.

3. Nuevas competencias sectoriales y su impacto en la labor de la Fiscalía

La creación de una nueva institucionalidad ambiental que separó las funciones de política y regulación, gestión y fiscalización en la materia implicó la modificación de una serie de cuerpos legales y un ajuste de las competencias de ciertos órganos sectoriales que, con anterioridad, tuvieron a su cargo la toma de decisiones con impacto ambiental en el ámbito de su respectivo sector.

A continuación nos referiremos a aquellos ajustes de competencias sectoriales de relevancia para las investigaciones por delitos contra el Medio Ambiente, específicamente de los artículos 291 del Código Penal y 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura.

El artículo cuarto de la Ley N°20.417³¹ modificó la Ley N°17.288 sobre Monumentos Nacionales³², estableciendo que, en adelante, los Santuarios

30 Artículo 26, Ley N°20.600, crea los Tribunales Ambientales.

31 “Modifícase el artículo 31° de la ley N°17.288, sobre Monumentos Nacionales, en el siguiente sentido:

a) Sustitúyese, en el inciso segundo, la frase “Consejo de Monumentos Nacionales”, por “Ministerio del Medio Ambiente”.

b) Reemplázase, en el inciso tercero y cuarto, la palabra “Consejo” por “Servicio” las dos veces que aparece.

c) Agrégase el siguiente inciso quinto, ordenándose los siguientes correlativamente:

“La declaración de santuario de la naturaleza deberá contar siempre con informe previo del Consejo de Monumentos Nacionales”.

d) Sustitúyese, en el inciso quinto, que ha pasado a ser sexto, la frase “Ministerio de Agricultura” por “Ministerio del Medio Ambiente”.

32 Ley N°1.7288, legisla sobre Monumentos Nacionales; modifica las Leyes 16.617 y 16.719; deroga el Decreto Ley 651, de 17 de octubre de 1925, Ministerio de Educación

de la Naturaleza quedarán bajo la custodia del MMA, y no del Consejo de Monumentos Nacionales.

Cabe recordar que los Santuarios de la Naturaleza son unas de las categorías protegidas dentro del concepto de monumentos nacionales que se contiene en el artículo 1 de la Ley N°17.288³³, siendo aplicable a su respecto los delitos de daños y de apropiación previstos en los artículos 38 y 38 bis del referido cuerpo legal.

Del mismo modo, el Consejo de Monumentos Nacionales deja de ser el órgano que debe autorizar el inicio de trabajos de construcción o excavación y el desarrollo de actividades como pesca, caza, explotación rural o cualquiera otra actividad que pudiera alterar el estado natural de tales sitios, pasando a requerirse un permiso ambiental sectorial que corresponde otorgar al SEA.

Asimismo, se establece que la declaración de un sitio como Santuario de la Naturaleza la hará el MMA debiendo en todo caso contar con informe previo del Consejo de Monumentos Nacionales.

Por otra parte, el artículo noveno de la Ley N°20.417³⁴ modificó la Ley N°18.902 que crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios³⁵, limitando su ámbito de fiscalización toda vez que dispone que a ésta última sólo le corresponderá el control de aquellos residuos líquidos industriales (RILES) que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias.

A este respecto se puede indicar que los episodios de contaminación por los cuales se suele denunciar la comisión de hechos presuntamente constitutivos de los delitos del artículo 291 del Código Penal y 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura corresponden en importante medida a los referidos RILES, por lo que la coordinación y requerimientos de información a la

Pública. Promulgada el 27 de enero de 1970 y publicada en el Diario Oficial el 4 de febrero del mismo año.

- 33 *“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. Su tuición y protección se ejercerá por medio del Consejo de Monumentos Nacionales, en la forma que determina la presente ley”.*
- 34 *“Incorpórase en el artículo 2° de la ley N°18.902, a continuación de la frase “y el control de los residuos líquidos industriales”, la siguiente oración: “que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias”.*
- 35 Ley N°18.902, crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios, Ministerio de Economía. Promulgada el 8 de enero de 1989 y publicada en el Diario Oficial el 27 de enero de 1990.

Superintendencia de Servicios Sanitarios constituye una importante diligencia de dicho tipo de investigaciones.

4. Conclusiones

La reforma a la nueva institucionalidad ambiental chilena, en primer término mediante la creación del MMA, el SEA y la SMA, y luego con los Tribunales Ambientales, constituye un claro avance en el largo camino de la modernización del Estado en los ámbitos de la política, la gestión y la fiscalización ambiental.

Si bien este nuevo diseño institucional se hace mayoritariamente cargo de los defectos del sistema de la LGBM, mantiene involucrada a la política en la toma de decisiones técnicas. El reemplazo de la CONAMA por un MMA que priorice la toma de decisiones técnicas por sobre las políticas, pero que a la vez pueda, en su categoría de Secretaría de Estado, hacer frente a Ministerios sectoriales cuyo principal objetivo es el fomento productivo, parece ser un avance, más no lo ideal.

Ello ocurre debido a que la inclusión del CMS como órgano de deliberación, nuevamente desnivela la balanza hacia la trinchera de la política, históricamente ajena a las consideraciones técnicas a la hora de tomar decisiones de política pública. Aunque pudiera pensarse que la intromisión de la política en la temática ambiental va en beneficio de las empresas y sus proyectos, basta sólo recordar el episodio Barrancones del año 2010 para dejar en claro que la tecnificación de las decisiones ambientales persigue la transparencia, claridad, pero sobre todo objetividad en la toma de decisiones.

De toda la nueva orgánica ambiental, es la SMA la que tiene los mayores desafíos. No sólo se trata de una institución nueva, que comenzará a operar en plenitud cuando el diseño institucional ya lleve andando más de un año, sino que también deberá comenzar rápidamente a ejercer atribuciones que si bien serán nuevas para ésta, corresponden a aquellas que fueron reasignadas de otros órganos, lo que podría acarrear cierta conflictividad en el sector público, la que debiese trasladarse al ámbito privado una vez que comience con sus labores de fiscalización.

La creación de los Tribunales Ambientales pretende nutrir de un fuerte componente técnico la resolución de los conflictos ambientales sometidos a su conocimiento, así como lograr una mayor rapidez en la resolución de asuntos complejos, aspectos que a menudo se extrañan en nuestra jurisdicción ordinaria. De otro lado, el hecho que tales Tribunales estén integrados por abogados y licenciados en ciencias con especialización en materias medioambientales, todos con destacada experiencia profesional o académica, permitirán seguramente reducir la asimetría de información que suele existir entre las partes y el ente juzgador.

Finalmente, y en cuanto al impacto que en la labor del Ministerio Público generen los ajustes de competencias sectoriales producidos como consecuencia de la nueva institucionalidad ambiental, particularmente en aquellas investigaciones por delitos contra el Medio Ambiente de los artículos 291 del Código Penal y 136 de la Ley General de Pesca y Acuicultura, si bien en principio tales ajustes parecen ser menores, habrá que esperar que tanto los nuevos organismos como aquellos que han visto aumentadas o disminuidas sus facultades comiencen a operar simultáneamente y se adapten a la nueva realidad, antes de emitir una opinión concluyente.

SENTENCIA CONDENATORIA POR EL DELITO DE LAVADO DE DINERO EN CASO “LA PLAYA”: ALCANCES DE LA DESCRIPCIÓN TÍPICA, PRINCIPIO DE EJECUCIÓN Y CONSUMACIÓN DEL DELITO

Angélica Torres Figueroa¹

I. Introducción

El presente artículo tiene por objeto realizar un análisis de la sentencia condenatoria dictada con fecha 13 de diciembre de 2011 contra Elías Exeni Vallejos por el delito de lavado de dinero, por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en el caso denominado “La Playa”, RUC 0800077341-8, RIT 253-2011, sentencia ratificada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, mediante resolución de fecha 03 de abril de 2012. El análisis de ambas resoluciones dice directa relación con los argumentos que, tanto el Tribunal Oral en lo Penal como la Iltma. Corte tuvieron en consideración para estimar que los hechos por los que el Ministerio Público acusó configuraban el tipo penal de lavado de dinero, en su hipótesis de ocultamiento, previsto en el artículo 27 a) de la Ley 19.913² y que, por aplicación expresa de las normas de consumación del delito contempladas en la Ley N°20.000, el principio de ejecución era suficiente para estimar que el delito se encontraba consumado.

II. Hechos de la acusación

Los hechos por los que el Ministerio Público presentó acusación respecto del condenado fueron los siguientes³:

- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 El artículo 27 de la Ley 19.913 establece: 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 la ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N°18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N°17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N°18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N°3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los Párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal y, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367, 411 bis, 411 ter, 411 quáter y 411 quinquies del Código Penal; o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.
 - b) El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito.
- 3 Se hace presente que existen otros acusados, respecto de quienes, a la fecha, no se ha realizado Juicio Oral.

“Los acusados F.J.G.M., M.C.V.S., J.R.V.S., J.S.V.S., T.C.C.A. y P.A.Y.G. a sabiendas que determinados dineros y bienes provenían directa o indirectamente del desarrollo de actividades de tráfico ilícito de estupefacientes realizadas por los integrantes de diversas organizaciones criminales nacionales y extranjeras, ocultaron o disimularon mediante diversas formas el origen ilícito del dinero generado por dichas entidades. Asimismo, los imputados recibieron con conocimiento de su procedencia ilícita y con ánimo de lucro, determinadas sumas de dinero que utilizaron para su uso personal y con la finalidad de invertir en actividades de sus negocios particulares. Para estos efectos, desde julio del año 2005 hasta octubre de 2008, usaron como lugar y medio para llevar a cabo estas acciones los dos establecimientos comerciales ubicados en XXX de la comuna de Santiago, que corresponden a las dependencias de YYY (...).”⁴

- 4 Dentro de los hechos de la acusación, mencionados por el Tribunal respecto de los demás acusados, se encuentran los siguientes: *“Participaban en el proceso de cambio de dinero de origen ilícito (billetes pequeños o dinero con olor a droga) por dinero limpio (divisas). Esto permitía que el dinero de origen ilícito ingresará al sistema económico financiero como una operación de cambio de divisas, lo cual se podía conseguir dado que se omitían deliberadamente los controles fijados por el sistema preventivo de lavado de activos, que posee diversas normas referidas a la identificación y conocimiento del cliente, como también otras que imponen a las casas de cambio, en tanto sujetos obligados, a reportar a la Unidad de Análisis Financiero determinadas operaciones. Cabe mencionar que la casa de cambio había capacitado a todos sus funcionarios en la normativa antilavado, principalmente, respecto de las obligaciones que la ley 19.913 establece para los sujetos obligados. En este proceso ganaban un monto superior a lo habitual, ya que este tipo de cambio era cobrado con un sobreprecio. Asimismo, para ocultar el dinero de origen ilícito fraccionaban la operación (Tipología conocida internacionalmente como pitufeo o smurfing) con el objetivo de no superar los límites establecidos, que obligan a una mayor individualización del cliente, lo cual permitía a los traficantes no ser individualizados. En este contexto se debe señalar que el Servicio de Impuestos Internos mediante sus circulares ha instruido que operaciones sobre un monto determinado deben ser realizadas y respaldadas a través de una factura y no una mera boleta, que no permite identificar a quien realizó la operación. Participaban de un sistema de transferencia informal de fondos denominado internacionalmente como Hawala (reconocido como una tipología de lavado de dinero) consistente en que se entregaba dinero en la ciudad de Santiago de Chile y sin traslado físico de los fondos era entregada en Mendoza una suma equivalente en divisas extranjeras, dicho dinero era remitido en pago de cargamentos de droga internados al país desde el extranjero. De esta forma se realizaban algunos de los movimientos de dinero hacia el exterior que realizaban los traficantes. Este sistema les permitía transferir fondos evitando los controles del sistema de prevención del lavado de dinero. Actuar como mandatarios y depositarios de los traficantes que cambiaban el dinero de origen ilícito en la casa de cambio, ya que ellos entregaban el dinero, la empresa lo cambiaba a divisas y lo mantenía en sus dependencias hasta que era retirado por terceros con el objeto de trasladarlo hasta sus destinatarios fuera del territorio de la República (transporte físico de efectivo)”. En este sentido, cabe destacar que si bien el ocultamiento o disimulación al que hace referencia el artículo 27 a) de la Ley 19.913 puede presentarse “de cualquier forma”, en la práctica, tanto a nivel internacional como interno, ha podido observarse que existen ciertos actos de ocultamiento o disimulación que se han venido repitiendo sistemáticamente en causas de Lavado de Dinero. Como señala Paul Allan Schott, en *Guía de referencia para la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo*, del Banco Mundial, estos actos varían desde pequeños depósitos de dinero en efectivo en cuentas corrientes bancarias (para transferirlos posteriormente) hasta la compra y venta de artículos de lujo, tales como antigüedades y joyas. Los fondos ilícitos también pueden transferirse a través de una serie de transacciones financieras internacionales complejas. Dentro de estos actos, denominados “Tipologías de Lavado de Dinero”, pueden mencionarse, además de los señalados por la sentencia en comento, los siguientes*

Por su parte Elías Exeni Vallejos entre los años 2005 a 2008 participó de forma habitual y sistemática en una serie de operaciones de tráfico de cannabis sativa, la que le reportaron ingentes ganancias de origen ilícito, las cuales, a los menos en dos ocasiones, llevó hasta la YYY, con el objeto de realizar el cambio a divisas, sin que lo identificarán o se emitiera algún tipo de comprobante, no obstante los montos transados superaban los diez millones de pesos”.

III. Sentencia condenatoria Tribunal Oral en lo Penal y confirmación Iltma. Corte de Apelaciones

El Cuarto Tribunal Oral en lo Penal condenó al acusado Elías Exeni Vallejos, por la conducta descrita en el párrafo anterior, considerándola constitutiva del delito de lavado de dinero, en los siguientes términos:

Los hechos reseñados en el considerando séptimo, son constitutivos del delito de lavado de activos tipificado en el artículo 27, letra a) de la Ley N°19.913 que sanciona al 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 -en el presente caso- del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, cometido en la comuna de Santiago entre el año 2005 y el 10 de abril de 2008.

Que el lavado de activos consiste en un proceso mediante el cual se pretende ocultar o disimular la existencia, fuente o uso de bienes o fondos producto de actividades ilegales, con el único objeto de hacerlos aparecer como legítimos. Es decir, mediante estas conductas los bienes de origen delictivo se integran al sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita.

De la lectura de estos dos párrafos se desprende claramente que el Tribunal considera que la conducta del acusado se enmarca dentro de la hipótesis de ocultamiento, o lavado de dinero “clásico”, al considerarla parte de un proceso que tiene como finalidad ocultar o disimular bienes de origen ilícito⁵ y no dentro de la hipótesis del artículo 27 letra b).

tes: utilización de testaferros, creación de sociedades pantalla o de papel, adulteración de documentación contable o tributaria, triangulaciones bancarias.

- 5 El Lavado de Dinero entendido en su acepción clásica, implica, en palabras de Claudio Prambs, en *El delito de blanqueo de capitales en el derecho chileno con referencia al derecho comparado*, que “el blanqueo de capitales, como fenómeno, es un proceso, (...) tiene por objeto destruir las pistas o indicios que conducen a la fuente generadora de los bienes, esto es, al delito previo”. De acuerdo con Juan Carlos Manríquez, en *Delitos de blanqueo y lavado de activos en el marco de operaciones sospechosas*, tal es el sentido de las voces “ocultar” o “disimular”, ya que ambas encierran la idea de no develar el origen de una cosa, o mostrarlo de manera diferente o sólo en parte, con un despliegue de comportamientos activos de cualquier índole (...) El núcleo de la conducta punible se encuentra en actuar para que no se manifieste el origen ilícito de determinados bienes, o que aquél aparezca teñido de cierta legitimidad. El injusto que devela el comportamiento típico emana de la acción final motivada por borrar el origen espúreo, haciéndolo imperceptible, de difícil

En relación al lavado de dinero entendido como un proceso, continúa el Tribunal señalando:

Ahora bien, el dinero en el proceso de blanqueo de activos suele seguir distintas etapas con independencia de la complejidad de la operación de que se trate y que son: colocación, enmascaramiento o estratificación e integración. Estas fases pueden llevarse a cabo separada o simultáneamente aunque a menudo se superponen. Debe señalarse que si bien la ley no distingue estas etapas, la doctrina por razones didácticas las ha considerado. Colocación, consiste en deshacerse materialmente de las importantes sumas de dinero en efectivo que genera la actividad ilícita. Generalmente, mediante el traslado material de los valores a un lugar diverso de donde se generaron y/o introduciéndolos en establecimiento financiero como bancos o casas de cambio. Enmascaramiento o estratificación, persigue desligar los dineros ilícitos de su origen, generando para ello un complejo sistema de amontonamiento de transacciones financieras destinadas a borrar la huella contable de tales fondos ilícitos. Por ejemplo, convertir el dinero en metálico en otros instrumentos o medios de pago; revender bienes adquiridos con dinero en efectivo o transferir electrónicamente fondos depositados en un banco a otras cuentas situadas en zonas geográficas distintas. Por último, integración, consiste en conferir una apariencia definitiva de legalidad a un patrimonio de origen criminal, situando los fondos blanqueados en la economía de tal forma que, integrándose en el sistema bancario aparecen como productos de una actividad comercial legítima y normal; v.gr. venta de bienes inmuebles, constitución de sociedades “pantalla”, préstamos simulados o generación de facturas falsas de importación o exportación.

En este párrafo resulta claro que el tribunal adhiere, como la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional, al modelo elaborado por el Grupo de Acción Financiera (GAFI), modelo elaborado como tantos otros⁶, desde una

o imposible pesquisa y, por tanto, afectando la eficacia de la función investigativa y de la potestad sancionatoria.

- 6 Otros de los modelos que pueden mencionarse son los siguientes: Modelo de fases elaborado por Bernasconi: en él se divide en dos fases el proceso de blanqueo, por un lado un blanqueo de capitales en primer grado, denominado *money laundering*, que consiste en el conjunto de operaciones realizadas en un corto espacio de tiempo y que tienen como finalidad librar a los bienes de su origen delictivo. Por otro lado, en un segundo grado del blanqueo conocido como *recycling*, en el cual en un espacio tiempo más largo, se intentará borrar definitivamente la conexión de los bienes con su origen ilícito, realizándose operaciones que permita reintegrarlos en el sistema económico financiero legal; Modelo de ciclos de Zünd: utiliza las distintas etapas del ciclo del agua para explicar el fenómeno del lavado de dinero, distinguiendo unas 10 etapas o fases; Modelo de Ackermann: divide el proceso de blanqueo según los objetivos que se presentan en cada una de sus etapas, distinguiendo entre objetivos principales, secundarios y complementarios; Modelo de cuatro sectores creado por Müller: se configura mediante dos combinaciones: la combinación entre el país del delito y el país del blanqueo de capitales, y entre los factores de legalidad e ilegalidad. Ambas garantizan un borrado y anulación de los rastros de los bienes de origen delictivo; Modelo del Departamento del Tesoro: es circular, ya que uno de sus objetivos es mostrar el efecto multiplicador del dinero delictivo obtenido en múltiples delitos. Estos capitales serían invertidos en la economía legal, ya individual-

perspectiva pedagógica o didáctica, para efectos de una mejor comprensión y estudio del lavado de dinero, pero en caso alguno, como una forma de establecer requisitos para el tipo penal, que no se encuentran establecidos en la ley, o que no sean aplicables a un caso concreto. Tal como lo refiere el Tribunal, el modelo elaborado por GAFI consta de tres etapas, que son las siguientes:

- a) Colocación: Introducción de los bienes o dineros en el tráfico económico y financiero del país. Esta fase importa convertir grandes sumas de dinero, usualmente en efectivo y en billetes pequeños, en instrumentos monetarios menos incómodos y menos susceptibles de ser revisados o reportados por el sistema bancario⁷.
- b) Estratificación: Esta etapa consiste en desplegar la mayor cantidad posible de capas –operaciones financieras– que separen los bienes de su origen ilícito, con el objeto de ocultar con éxito tal origen.
- c) Integración: Supone la definitiva circulación de los bienes de origen ilícito en el tráfico económico, mercantil y financiero del país, bajo la forma de una actividad normal. Se produce mucho en esta etapa la mezcla y confusión de bienes de procedencia lícita con aquellos de origen ilícito.

Por su parte, la Iltma. Corte de Apelaciones, en el considerando octavo de su resolución, comparte el razonamiento del Tribunal Oral en lo Penal, y se hace cargo de una de las causales de nulidad esgrimidas por la Defensa en el recurso interpuesto, la errónea aplicación del derecho, la que se manifestaría en el considerando noveno de la sentencia condenatoria, que entiende que el hecho acreditado correspondería a Lavado de Dinero. De acuerdo con la Defensa, la conducta que se tiene por acreditada sería atípica, toda vez que en ningún caso la mera entrega física de dinero a personas puede constituir la conducta de lavado tipificada por la letra a) del artículo 27 de la Ley 19.913⁸.

Señala la Iltma. Corte:

8°) Que el considerando noveno de la sentencia recurrida, luego de expresar que el delito de lavado de activos consiste en un proceso mediante el cual se pretende ocultar o disimular la existencia, fuente o uso de bienes o fondos producto de actividades ilegales, con el único objeto de hacerlos aparecer como legítimos; es decir, mediante estas conductas los bienes de origen delictivo se integran al sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita. Explica también las etapas que el dinero en el proceso de blanqueo suele seguir, con independencia de la complejidad

mente o reagrupados, en activos financieros o de otro tipo, con el objetivo de servir de cobertura para nuevas acciones delictivas.

7 Aránguez Sánchez, C. *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial Marcial Pons. Madrid, España. 2000. p 41.

8 La Defensa en este caso invocó, además, la causal de nulidad del artículo 374 e) del Código Procesal Penal, por no cumplirse los requisitos del artículo 342 c) y d) del CPP, causal que también fue desestimada por la Iltma. Corte de Apelaciones.

de la operación de que se trate, siendo estas: colocación la que consiste en deshacerse materialmente de las importantes sumas de dinero en efectivo que genera la actividad ilícita; y enmascaramiento o estratificación, que persigue desligar los dineros ilícitos de su origen, generando para ello un complejo sistema de “amontonamiento” de transacciones financieras destinadas a borrar la huella contable de tales fondos ilícitos.

Por su parte, el Tribunal Oral en lo Penal continúa señalando:

Desde el punto de vista bancario, el momento clave del lavado de activos, lo constituye la colocación, es decir, el ingreso en una entidad financiera de los dineros provenientes del delito que corresponda. Este es el momento de inicio de la operación de blanqueo y la mayoría de los controles que contempla la legislación se dirigen a esta etapa con el fin de detectar el lavado. En las otras etapas, la pesquisa del blanqueo se torna más difícil porque los bienes de origen ilícito ya han adquirido apariencia de legitimidad dentro del sistema financiero.

Como veremos a continuación, este argumento es clave para el razonamiento y decisión final del Tribunal Oral en lo Penal.

Aplicando este marco teórico a los hechos de la acusación que se tuvieron por acreditados, cabe señalar que la conducta de Elías Exeni correspondió a la fase de colocación, porque mediante las entregas de dinero en YYY, buscó deshacerse del producto de las ventas de droga, mediante su cambio a divisas para simular operaciones legítimas y exentas de toda duda sobre su origen.

Además, el mismo argumento es recogido y enriquecido por la Iltma Corte de Apelaciones:

Aplicando este marco teórico a los hechos de la acusación que se tuvieron por acreditados, los jueces del fondo, tipificaron la conducta de Elías Exeni en la fase de colocación, que a su vez constituye el inicio de la operación de blanqueo, por cuanto es el ingreso de los dineros provenientes de una actividad ilícita a una entidad financiera, y la mayoría de los controles que contempla la legislación se dirigen precisamente a esta etapa con el fin de detectar el lavado. De tal forma que, para el tribunal la conducta del encausado que concurrió a la casa de cambio a dejar dinero, sin comprobante de respaldo, -constituye el verbo rector de ocultar o simular del tipo penal- el origen ilícito del mismo y lógicamente a sabiendas que provenían del ilícito de estupefacientes.

Además de los aspectos jurídicos relevantes de los considerandos que se han analizado, en este párrafo llama la atención el reconocimiento que se realiza a los mecanismos de control existentes en el sistema antilavado nacional, y a la eficacia que éstos tienen, precisamente, cuando permiten detectar una operación de lavado de dinero es su fase inicial o etapa de colocación.

Continúa el Tribunal Oral en lo Penal señalando:

En el mismo sentido el perito C.A.D.S., encuadró la conducta de Exeni en una tipología de lavado porque de acuerdo a los antecedentes de la carpeta investigativa y análisis de contexto, se pudo establecer que el acusado concurrió a la casa de cambio a dejar dinero, sin comprobante de respaldo y al parecer con el fin de cambiarlo a divisas y enviarlo al exterior. Sobre el punto informó que una tipología identifica una conducta que puede ser lavado y el mero depósito en una entidad como una casa de cambio puede constituir un indicio de blanqueo de capitales.

Es sumamente valorable el reconocimiento que el Tribunal realiza respecto a que una determinada conducta pueda constituir un indicio de lavado de dinero, en este caso, el hecho de depositar dinero en una entidad como una casa de cambio. Lo anterior, para el Tribunal, tiene mucho más sentido, cuando además se tiene por acreditado que el acusado no recibe comprobante de la operación realizada y que, además, se encuentra formalizado en otra causa por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, elemento que evidentemente el Tribunal vincula al conocimiento del origen ilícito de los bienes a los que se pretendía dar apariencia de legalidad.

El tribunal tipificó la conducta del acusado en la norma de la letra a) del artículo 27 de la Ley N°19.913, porque éste al entregar dineros en la casa de cambio, de alguna forma ocultó o simuló el origen ilícito de los mismos y lógicamente a sabiendas que provenían directamente del tráfico de estupefacientes. Que dicho conocimiento, quedó indubitadamente acreditado por dos factores: La entrega de dinero sin recibir comprobante alguno que diera cuenta de la operación y el hecho que Exeni fuera detenido con un cargamento de drogas y por el cual se halla formalizado.

De este modo, al tribunal quedó claro que la conducta del acusado siempre correspondió a la figura prevista en la letra a) y no a la de la b) del artículo 27 de la citada ley que supone que el sujeto activo ha recibido bienes de terceras personas conociendo su origen ilícito. Sobre lo mismo, la defensa postuló la tesis de que la figura de la letra a) que denominó de auto lavado era imposible que se aplicara respecto de acusado porque dicha acción solo representaba el agotamiento del delito de tráfico de estupefacientes, con el cual se producía un concurso aparente de leyes penales que por el principio de especialidad, el delito base terminaba subsumiendo la conducta de blanqueo.

Como queda de manifiesto en el párrafo anterior, y así se ha venido sosteniendo desde el inicio de este artículo, para el Tribunal la conducta desplegada por el acusado se enmarca dentro de la figura de ocultamiento o lavado de dinero clásico, previsto en el artículo 27 a) de la Ley 19.913, y no de la letra b).

Respecto a la tesis de la defensa, referida a la imposibilidad de existencia de autolavado, es decir, que el autor del delito base –en este caso el delito de tráfico de drogas– sea además, autor del delito de lavado de dinero de los mismos bienes originados por el delito base, el argumento no resiste análisis, desde que el propio artículo 27 inciso final establece:

Si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta.

Luego, continúa el Tribunal Oral en lo Penal señalando:

Sin embargo, conforme a la Ley N°19.913, la figura de lavado de activos constituye una figura penal autónoma, cuya sanción no depende de una condena por el delito base, ya que solo basta que el origen de los bienes constituya un hecho típico y antijurídico, que precisamente es la situación atinente a Elías Exeni Vallejos, de acuerdo a lo señalado anteriormente. Por lo mismo, el legislador adelantó la punibilidad de la conducta al sancionar las acciones más elementales y básicas dentro del proceso de lavado, como es la etapa de colocación, mediante la cual el sujeto se desliga del dinero obtenido ilícitamente introduciéndolo en un establecimiento financiero como una casa de cambio. Si la ley para sancionar se limitara a esperar que el proceso de lavado se completara en su totalidad, la mera acción de colocación quedaría impune, dado que en general el delito de lavado produce en el extranjero los resultados que le son propios.

En este párrafo es destacable el reconocimiento que la sentencia hace a la autonomía del tipo penal, criterio que ha sido recogido por la mayoría de la jurisprudencia nacional. En relación a la autonomía del tipo penal, refuerza el razonamiento el considerando noveno de la resolución de la Iltma. Corte de Apelaciones, que señala: 9°) *Que para los efectos de analizar la infracción de derecho a que se alude útil resulta destacar que el delito de lavado de activos, tanto en el derecho comparado como en nuestra propia legislación es considerado un delito autónomo, independiente del delito precedente, (...).*

Desde mi perspectiva, lo más destacable de este párrafo es la importancia y la valoración que el Tribunal otorga a la etapa de “colocación” en el proceso de lavado de dinero, y el reconocimiento del adelantamiento de la punibilidad a esta fase, sin esperar que el “ciclo del lavado” esté completo para poder reaccionar penalmente. Claramente esta reflexión tiene directa relación con el bien jurídico protegido por el tipo penal, la administración de justicia, bien jurídico reconocido por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional, aunque no es el único reconocido por la sentencia en comentario, la que indica que el lavado de dinero es un delito pluriofensivo, como se señala a continuación, siendo lo más importante, en definitiva, la conclusión a la que llega el Tribunal tras el análisis del rol del bien jurídico protegido en este caso:

La discusión planteada por la defensa acerca del bien jurídico protegido y el objeto material del delito como parte de sus argumentos para cuestionar la existencia del delito, no alteró en absoluto la convicción del tribunal sobre la materia. En efecto, sobre el bien jurídico protegido al menos se han planteado cinco posturas. Una economista que opta por defender el sistema económico y especialmente la libre competencia; otra que atiende a la administración de justicia; una tercera que postula que

sería el mismo que cautela el delito base; otra que apunta a la seguridad interior del Estado y la última que sostiene que es un delito pluriofensivo que abarcaría todos los bienes jurídicos anteriores.

Ahora bien, en general el bien jurídico ubicado en la tipicidad sirve para interpretar y limitar los tipos penales de resultado en que aquel pasa a identificarse con el objeto del comportamiento. En los tipos de peligro abstracto y en los que protegen bienes jurídicos colectivos y en general en los tipos de consumación anticipada, la idea de bien jurídico carece de funcionalidad real. Es lo que precisamente ocurre con el delito de lavado de activos, porque el bien jurídico carece de relevancia y operatividad práctica, como no sea interpretativa del tipo, dado que este delito se estructura como protector de un bien jurídico colectivo, por medio de la técnica de la consumación anticipada que no exige la efectiva lesión de un bien jurídico concreto para que el delito esté consumado. En consecuencia, la idea de un delito pluriofensivo que protege intereses colectivos resulta más acorde con la propia estructura del tipo en la ley N°19.913, ya que de forma mediata se ataca la administración de justicia y de manera inmediata el orden socioeconómico, en especial la circulación de los bienes del mercado porque todas las operaciones que se realizan en nuestra economía, solo tienen sentido en la medida que todas las personas participen en igualdad de condiciones. En consecuencia, si se afecta el sistema financiero, en la mayoría de los casos también se afecta la libre competencia. Asimismo, al crear la ley el tipo de asociación ilícita para el blanqueo de capitales, también se atiende a combatir la criminalidad organizada y por ende se defiende la seguridad interior del Estado.

Como se venía señalando, si bien es cierto el Tribunal se refiere a un delito pluriofensivo, lo relevante en su razonamiento es considerar el tipo penal como protector de un bien jurídico colectivo, con lo que no exigiría la efectiva lesión del bien jurídico, otorgando la posibilidad de una consumación anticipada.

En cuanto al objeto material del delito, definido como la persona o cosa corporal o incorporal sobre la que recae la conducta típica en relación directa con el bien jurídico, el tipo penal de lavado de dinero, se estructura sobre aquellos bienes que describe el inciso 2° del artículo 27 de la Ley N°19.913 y que tienen su origen en el delito que aparece en el catálogo cerrado establecido en esta norma. Sobre el punto, la defensa argumentó que todo delito debía tener un objeto material que en este caso era el dinero y en la especie, éste no existía, porque el Juzgado de Garantía excluyó el dinero ofrecido por el Ministerio Público al no poderlo vincular al acusado. Sin embargo, la prueba rendida permitió establecer una conducta habitual del acusado en orden a entregar dineros en la casa de cambios, sea en forma directa o a través de terceros con el objeto de obtener divisas o en la mayoría de los casos desviar los fondos hacia el exterior. En esta dinámica no se pudo establecer con precisión la cantidad de dinero que Elías Exeni disimuló o pretendió disimular, sobre todo porque nunca se entregó comprobante alguno, sea boleta o factura que acreditara dicha operación.

En cuanto a su grado de desarrollo, al delito de lavado se aplican las penas del delito consumado, cuando se encuentre en grado de tentativa y con mayor razón, en el de

frustrado. Lo anterior, en virtud de la remisión operada en la Ley N°19.913 en su artículo 33 letra d) a la Ley de Drogas.

Considero que este pequeño párrafo es, sin duda, el más relevante de la sentencia, toda vez que es el argumento que en definitiva permite sancionar como conducta constitutiva de lavado de dinero el hecho de transportar dinero en efectivo, proveniente de un origen ilícito hasta una casa de cambio para transformarlo en divisas.

A este respecto, cabe destacar dos aspectos:

En primer lugar, sin duda la aplicación que el tribunal hace del 33 d) es del todo correcta. El citado artículo establece:

Artículo 33.- Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, serán aplicables respecto de los delitos establecidos en los artículos 27 y 28, todas las normas de la ley N°19.366, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y las que contenga cualquier otra ley que la sustituya o modifique, que se refieran a las siguientes materias:

d) Juzgamiento y cumplimiento de la sentencia: circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, como agravantes especiales, improcedencia de la atenuante del artículo 11, N°7, del Código Penal, procedencia de la cooperación eficaz como atenuante; reglas sobre consumación del delito y punibilidad de la conspiración; improcedencia de la reclusión nocturna y libertad vigilada; sustitución de la pena de multa por una privativa de libertad; determinación de la reincidencia; procedencia del comiso, alcance de éste y destino de los bienes decomisados; extradición en ausencia de reciprocidad o tratado y cumplimiento de condena en el país de nacionalidad del condenado.

Por su parte, la Ley 20.000 en su artículo 18 establece:

Artículo 18. Los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución.

La norma tiene como antecesora la disposición del artículo 24 de la Ley 19.366.

Al revisar la historia de la Ley 19.913, es posible apreciar que este tema fue objeto de discusión expresa. El artículo 24, referido al tema, principio establecía que, sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, serán aplicables a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos establecidos en los artículos 19 y 20, (actuales 27 y 28) todas las normas que sobre la materia establece la Ley N°19.366, sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Substancias Psicotrópicas. Sin embargo, consta que el Ministerio Público consideró necesario precisar la remisión a la Ley de Drogas en dos sentidos, ya que por una parte, existen materias cuya inclusión en los conceptos de investigación, juzgamiento y sanción no es totalmente clara, por ejemplo, la protección de

los testigos e informantes, cambios de identidad, incautaciones, enajenaciones, comiso y destino de los objetos, instrumentos y efectos de los delitos. Por eso, propuso reiterar en esta ley una serie de normas que están en la Ley de Drogas. Por otra parte, estimó que debe hacerse referencia a cualquier ley que en el futuro contenga esas disposiciones, ya que la misma Ley de Drogas a esa fecha se encontraba en proceso de modificación.

Así, en la discusión se señaló que, en materia penal, es complejo hacer una remisión tan amplia a otra ley, porque, en la medida que se aluda a tipos penales y no esté clara la tipicidad, podría estimarse que será una ley penal en blanco; que la mayoría de las normas a las que se propone hacer remisión son de carácter procesal y no penal. Sin embargo, la remisión a la Ley de Drogas hace surgir una duda en relación con los otros delitos, porque esta ley no solamente contempla el delito de tráfico de estupefacientes, sino también delitos terroristas y delitos sexuales contra menores de edad.

Además en la discusión se sostuvo que las normas sobre procedimientos contempladas en la Ley de Drogas son útiles no sólo respecto del lavado de dinero proveniente de las drogas, sino también de las armas o de la pornografía infantil, porque regulan, entre otras materias, algo que es muy importante en este tipo de juicios, cual es la protección de los testigos.

Fue así como la Comisión acordó sustituir el artículo, para especificar en mejor forma la remisión, agrupando en cuatro grandes acápite las distintas materias que se hacen aplicables: investigación, inhabilidades de abogados, medidas cautelares e incautaciones, y juzgamiento y cumplimiento de la sentencia, sin reproducir cada una de las normas que quedan comprendidas, por estimarlo innecesario⁹.

A este aspecto también se refiere el Oficio del Fiscal Nacional del Ministerio Público, N°161/2009, instrucción general que imparte criterios de actuación en delito de lavado de dinero y otros tipificados en la Ley N°19.913, señalando en su numeral 9, referido a disposiciones aplicables al delito de lavado de dinero contenidas en la Ley N°20.000 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, que son aplicables, en materia de juzgamiento y cumplimiento de la sentencia, las reglas sobre consumación del delito y punibilidad de la conspiración (artículos 17 y 18 de la Ley 20.000).

En doctrina nacional a propósito del principio de ejecución, Politoff¹⁰ señala que la tradición en nuestro país ha sido claramente objetivista y que la doctrina ha coincidido en una concepción de orden objetivo para caracterizar el

9 Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley 19.913. En línea [<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=219119&buscar=19.913>] Fecha de consulta [20 de julio de 2012].

10 Politoff Lifschitz, Sergio. *Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y de derecho penal comparado*. Editorial jurídica de Chile, primera edición, Santiago de Chile, 1999, pp. 177 y ss.

momento a partir del cual los actos pueden caracterizarse como principio de ejecución por hechos directos y, por ende, como tentativa.

Por otra parte, Politoff, Matus y Ramírez¹¹, refiriéndose al iter criminis en el delito de tráfico de drogas, hacen referencia a la disposición especial contemplada en el artículo 18 de la Ley 20.000, señalando que *“esta disposición es, en cierta medida, superflua e inocua, atendida la naturaleza de los delitos de que se tratan (en la mayor parte de los delitos contemplados en la Ley N°20.000, la propia descripción típica asimila la tentativa con la consumación (...)) En estos casos, la disposición del artículo 18 resulta irrelevante, porque de todas maneras la tentativa se castiga del mismo modo que la consumación, a nivel de descripción típica, ya que el legislador no espera que se produzca ningún hecho de tráfico para castigar como traficante a quien transporta sustancias que piensa vender con posterioridad”*.

Este razonamiento pareciera ser el mismo aplicado por el Tribunal Oral en Lo Penal a lo menos en dos ocasiones: cuando señala que en los tipos de peligro abstracto y en los que protegen bienes jurídicos colectivos y en general en los tipos de consumación anticipada, la idea de bien jurídico carece de funcionalidad real y eso es lo que precisamente ocurre con el delito de lavado de activos, porque el bien jurídico carece de relevancia y operatividad práctica, como no sea interpretativa del tipo, dado que este delito se estructura como protector de un bien jurídico colectivo, por medio de la técnica de la consumación anticipada que no exige la efectiva lesión de un bien jurídico concreto para que el delito esté consumado. Y cuando argumenta que si la ley para sancionar se limitara a esperar que el proceso de lavado se completara en su totalidad, la mera acción de colocación quedaría impune, dado que en general el delito de lavado produce en el extranjero los resultados que le son propios.

De lo anterior, a priori se podría concluir que, a pesar de la remisión expresa del artículo 33 d) al artículo 18 de la Ley 20.000, de todas formas algunos de los tipos penales de la Ley 19.913 castigan la tentativa del mismo modo que la consumación, a nivel de descripción típica, por lo que aun sin la existencia de dicha norma se podrían sancionar como consumados desde que exista principio de ejecución, en los términos objetivos propuestos por Politoff y la mayoría de la doctrina nacional.

A nivel internacional, el Grupo de Acción Financiera para Sudamérica (GAFISUD) reconoce que la ley referida a estupefacientes, a la que formula reenvío la Ley 19.913, contiene una norma específica que equipara cualquier etapa del iter criminis con el delito consumado (art. 18), lo que significa que la tentativa de lavado no tiene una escala penal inferior al lavado consumado; y otra que tipifica la conspiración (conf. art. 17), de lo que se deriva que en

11 Politoff, Matus y Ramírez. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Segunda edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, pp. 595 y ss.

Chile también es punible la conspiración para cometer lavado de dinero, con una pena –en ese caso– rebajada en un grado con relación al delito¹².

En segundo lugar, aunque evidentemente vinculado al punto anterior, cabe destacar que en este caso concreto, como ya se señaló, el tribunal adhirió a la teoría que señala que el lavado de dinero es un proceso compuesto de tres etapas, siendo la primera de ella la etapa de colocación y consideró que la conducta desplegada por el acusado correspondía sin lugar a dudas a una conducta que se enmarca dentro de dicha etapa.

Así las cosas, considerando estos dos aspectos, el tribunal no hace sino realizar una interpretación sistemática y armónica de la legislación aplicable, y entiende que desde que el acusado interviene en la etapa de colocación, existe un delito de lavado de dinero consumado.

Finalmente, refuerza este razonamiento, el considerando décimo de la resolución dictada por la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago:

10°) Que en consecuencia, los jueces del fondo, como quedó plasmado en el considerando noveno en relación con el séptimo y octavo, primero precisan –con los medios de prueba pertinentes– el tipo penal respectivo, en cuanto las conductas y hechos que se acreditaron ejecutó Exeni, claramente constituyen ocultar o disimular el origen ilícitos de los dineros, sin que pueda este hecho establecido en forma legal ser desvirtuado con la infracción de derecho que se invoca, por cuanto el recurso de nulidad se ha establecido para corregir un error de derecho y existirá este error cuando el mandato legal deba cumplirse de determinada manera y el juez la aplica de modo distinto. Es decir, el sentenciador por ignorancia, negligencia u otra circunstancia, hace una aplicación equivocada de la norma que tiene un sentido claro y una aplicación indiscutible, por cuanto los elementos en que se funda este motivo de impugnación como la entrega de dineros por parte de la casa de cambio al encausado como asimismo los destinos de los mismos, no constituyen elementos del tipo, no constituyen exigencias del mismo, dado como se expresara el delito de que se trata es de naturaleza autónoma e independiente, lo que fluye de la sola lectura de la norma contemplada en la letra a) del artículo 27 de la Ley N°19.913, por lo que solo cabe rechazar la causal de impugnación.

Cabe señalar brevemente, en relación a la participación, que el Tribunal Oral en lo Penal, tras analizar los medios de prueba, tiene por acreditada la participación culpable de Elías Exeni Vallejos como autor del delito de lavado de activos por haber intervenido de una manera inmediata y directa.

12 GAFISUD. Tipificación como delito del lavado de activos. Sistema legal y medidas institucionales relacionadas. En línea [www.gafisud.info/basededatos] Fecha de consulta [20 de julio de 2012].

IV. Consideraciones finales

Existen varios aspectos destacables en las dos resoluciones analizadas, como por ejemplo señalar que el delito de lavado de dinero, de acuerdo al bien jurídico protegido y las características del tipo penal derivadas del mismo, reconoce un adelantamiento de la punibilidad; o el hecho de aseverar que el sistema antilavado nacional tiene sentido al intervenir desde el comienzo de una operación de lavado de dinero, no siendo necesario esperar la finalización de dicha operación; o hacer patente una vez más a nivel jurisprudencial, que el autolavado es punible en nuestro sistema penal.

En todo caso, desde mi perspectiva, lo más destacable de la sentencia condenatoria dictada por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, es el haber reconocido expresamente la pertinencia de dar aplicación al artículo 18 de la Ley N°20.000, en relación con el artículo 33 letra d) de la Ley N°19.913, toda vez que, aun cuando la remisión a dicho artículo estuvo incorporada en la Ley N°19.913 desde su entrada en vigencia, nunca había sido aplicada e invocada en forma expresa. La decisión tomada por el Tribunal es confirmada por la Il.tra. Corte de Apelaciones de Santiago, entendiendo que no existió una errónea aplicación del derecho, sino por el contrario un lógico razonamiento y una armónica interpretación de la normativa vigente, teniendo por consumado el delito de lavado de dinero, en circunstancias que la Defensa estimaba que la conducta por la que se acusó sólo era constitutiva de una “etapa del complejo proceso de lavado de dinero”, debiendo completarse todas la etapas para que éste se consume, de lo contrario se estaría en presencia de una conducta atípica.

De esta forma, el Tribunal clarificó que el delito de lavado de dinero se comete desde que existe principio de ejecución.

Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal:

SANTIAGO, trece de diciembre de dos mil once.

OIDO, VISTO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO. INTERVINIENTES: Que los días veintiuno, veinticinco y veintiocho de noviembre, primero, dos, cinco, seis y siete de diciembre de dos mil once, ante el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, integrado por los jueces titulares señora Geni Morales Espi-

noza, quien lo presidió, señor Juan Carlos Urrutia Padilla y señora María Elisa Tapia Araya, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral en los autos RIT N°253-2011, por los delitos previstos en el artículo 27 letras a) y b) de la Ley N°19.913, cometidos en grado de consumados, en contra de ELIAS EXENI VALLEJOS, natural de Salta, Argentina, DNI N°14.159.819, 50 años de edad, soltero, empresario minero, sin domicilio en Chile. El acusado se encuentra en prisión preventiva y fue representado por los abogados privados don

Marcelo Toro González y don Juan Eduardo Hernández Faúndez.

Fue parte acusadora el Ministerio Público representado por el fiscal don Maximiliano Krausse Leyton.

SEGUNDO. ACUSACIÓN: Que de acuerdo al auto de apertura, la acusación deducida por el Ministerio Público rezó del siguiente modo:

Al acusado se le atribuye participación en calidad de autor del delito consumado de lavado de dinero, previsto y sancionado en las letras a) y b) del artículo 27° de la ley 19.913.

No se invocan circunstancias modificatorias de responsabilidad penal respecto del acusado.

Se señalan como preceptos legales aplicables al caso los artículos 1, 7, 15 N°1, 24, 28, 30, 31 y 68 del Código Penal, artículos 1, 3, 18 y 19 de la ley 20.000; artículos 3, 27 y 33 de la ley 19.913 y artículos 45, y 259 y siguientes del Código Procesal Penal.

Los fiscales piden se condene al acusado a la pena de 10 años de presidio mayor en su grado mínimo, multa de 500 unidades tributarias mensuales, más las penas accesorias correspondientes y el pago de las costas de la causa.

La defensa del acusado contestó la acusación del ministerio público exponiendo que los hechos relatados en la misma no constituyen el delito de lavado de dinero contemplado en la ley 19.913 por lo que pide se dicte sentencia absolutoria a favor de su representado.

Los hechos de la acusación que serán materia del juicio oral son los siguientes:

“Los acusados F.J.G.M., M.C.V.S.; J.R.V.S., J.S.V.S., T.C.C.A. y P.A.Y.G. a sabiendas que determinados dineros y bienes provenían directa o indirectamente del desarrollo de actividades de tráfico ilícito de estupefacientes realizadas por los integrantes de diversas organizaciones criminales nacionales y extranjeras, ocultaron o disimularon mediante diversas formas el origen ilícito del dinero generado por dichas entidades. Asimismo, los imputados recibieron con conocimiento de su procedencia ilícita y con ánimo de lucro, determinadas sumas de dinero que utilizaron para su uso personal y con la finalidad de invertir en actividades de sus negocios particulares. Para estos efectos, desde julio del año 2005 hasta octubre de 2008, usaron como lugar y medio para llevar a cabo estas acciones los dos establecimientos comerciales ubicados en calle XXX de la comuna de Santiago, que corresponden a las dependencias de la casa de cambio YYY. Los sujetos anteriormente señalados participaban de diversas formas en el giro comercial de esta casa de cambios, con domicilio en los lugares ya referidos de la comuna de Santiago y otras empresas ligadas a ella, en la cual realizaban una serie de operaciones que permitían ocultar o disimular el dinero de origen ilícito que ingresaba a ella. Es así que paralelamente al negocio formal que desarrollaba la casa de cambios, los sujetos antes mencionados estaban coordinados, todos en sus respectivas

funciones, para atender a sujetos que realizaban conductas ilícitas, particularmente, vinculadas con el negocio de tráfico de drogas, a quienes atendían de forma personalizada en un lugar privado, sin efectuar las alertas que permiten prevenir el delito de lavado de dinero. Es así como atendieron a diversos grupos criminales que utilizaban y operaban a través de esta casa de cambio, entre los cuales destacan los sujetos vinculados a una investigación a cargo de la Fiscalía Regional Metropolitana Sur, RUC 0700405788-5, seguida en contra C.C.H.L., A.C.V.A. y L.I.L.H., quien fueron condenados en abril de 2009 como autores del delito de tráfico de drogas. Asimismo, aquellos vinculados a una investigación a cargo de la Fiscalía Regional Metropolitana Occidente, RUC 0800056018-K, seguida en contra de Elías Exeni Vallejos, quien fuera detenido por el delito de tráfico de drogas; otros sujetos actualmente investigados por el delito de tráfico de drogas también recibieron ayuda de los encargados, propietarios y dependientes de YYY para sacar del país dinero entregado en pago de cargamentos de droga. Dentro de las conductas de ocultamiento que realizaban estos sujetos en sus respectivas funciones se encuentran a lo menos las siguientes:

Participaban en el proceso de cambio de dinero de origen ilícito (billetes pequeños o dinero con olor a droga) por dinero limpio (divisas). Esto permitía que el dinero de origen ilícito ingresará al sistema económico financiero como una operación de cambio de divisas, lo cual se podía

conseguir dado que se omitían deliberadamente los controles fijados por el sistema preventivo de lavado de activos, que posee diversas normas referidas a la identificación y conocimiento del cliente, como también otras que imponen a las casas de cambio, en tanto sujetos obligados, a reportar a la Unidad de Análisis Financiero determinadas operaciones. Cabe mencionar que la casa de cambio había capacitado a todos sus funcionarios en la normativa anti-lavado, principalmente, respecto de las obligaciones que la ley 19.913 establece para los sujetos obligados. En este proceso ganaban un monto superior a lo habitual, ya que este tipo de cambio era cobrado con un sobreprecio.

Asimismo, para ocultar el dinero de origen ilícito fraccionaban la operación (Tipología conocida internacionalmente como pitufeo o smurfing) con el objetivo de no superar los límites establecidos, que obligan a una mayor individualización del cliente, lo cual permitía a los traficantes no ser individualizados. En este contexto se debe señalar que el Servicio de Impuestos Internos mediante sus circulares ha instruido que operaciones sobre un monto determinado deben ser realizadas y respaldadas a través de una factura y no una mera boleta, que no permite identificar a quien realizó la operación.

Participaban de un sistema de transferencia informal de fondos denominado internacionalmente como Hawala (reconocido como una tipología de lavado de dinero) consistente en que se entregaba dinero

en la ciudad de Santiago de Chile y sin traslado físico de los fondos era entregada en Mendoza una suma equivalente en divisas extranjeras, dicho dinero era remitido en pago de cargamentos de droga internados al país desde el extranjero. De esta forma se realizaban algunos de los movimientos de dinero hacía el exterior que realizaban los traficantes. Este sistema les permitía transferir fondos evitando los controles del sistema de prevención del lavado de dinero.

Actuar como mandatarios y depositarios de los traficantes que cambiaban el dinero de origen ilícito en la casa de cambio, ya que ellos entregaban el dinero, la empresa lo cambiaba a divisas y lo mantenía en sus dependencias hasta que era retirado por terceros con el objeto de trasladarlo hasta sus destinatarios fuera del territorio de la República (transporte físico de efectivo).

Por su parte Elías Exeni Vallejos entre los años 2005 a 2008 participó de forma habitual y sistemática en una serie de operaciones de tráfico de cannabis sativa, la que le reportaron ingentes ganancias de origen ilícito, las cuales, a los menos en dos ocasiones, llevó hasta la casa de cambio YYY, con el objeto de realizar el cambio a divisas, sin que lo identificarán o se emitiera algún tipo de comprobante, no obstante los montos transados superaban los diez millones de pesos.

TERCERO. ALEGATOS: Que el Ministerio Público en su alegato de inicio sostuvo que acreditaría los hechos de la acusación respecto de

Elías Exeni ya que sus dineros única y exclusivamente provinieron del tráfico de drogas, insistiendo en su petición de condena.

Que la defensa, sostuvo que el presente juicio era un error porque ninguna de las modalidades señaladas constituía lavado de dinero, sorprendiendo el desconocimiento del Ministerio Público sobre la materia, máxime cuando las acciones de los demás imputados no tenían relación alguna con Exeni. Argumentó que cambiar dinero nacional por divisas no hacía que aquel ingresara al sistema de éstas últimas, a menos que existiera un proceso de colocación que permitiera abrir una cuenta corriente en un banco, luego realizar una estratificación y finalmente la integración. Por tanto, en lo único que podría estar involucrado el acusado sería en una simple compra de divisas que por sí sola no constituye lavado de dinero. Asimismo, la prueba del Ministerio Público nada tiene que ver con Exeni, ya que necesita probar que éste es traficante, hecho que es objeto de investigación en otra causa. Estimó que el sentido de este juicio solo se refería a una negociación de dinero basada en documentos caducados. Sobre las modalidades señaladas en la acusación, argumentó que el smurfing no es lo que dice el Ministerio Público, ya que tiene sentido en el proceso de estratificación cuando se depositan pequeñas cantidades en una cuenta corriente que no sobrepasen el límite legal permitido. Sobre el Hawala, es la modalidad más inoponible al acusado. Para que el lavado de dineros funcione se requiere transferir bie-

nes de origen ilícito ocultando su fuente para reintegrarlos como lícitos. Se pregunta ¿cómo puede existir un control del dinero si no hay un tercero que avale su entrega física en otro lugar? En el caso de Exeni, este hecho no se podrá probar, sobre todo porque el lavado de activos requiere la intervención de varios coautores ya que una sola persona no lo puede realizar. A lo más podría probarse la pseudo existencia de operaciones del N°1 de la Ley, es decir, actuar como un mandatario, pero esta conducta solo puede imputarse a una casa de cambio. La acusación cita la norma del artículo 19 de La Ley N°20.000, pero solo tendría sentido la figura de la letra a), es decir, una agrupación o banda, que en la especie no existe. Concluye señalando que el tema no es de prueba, sino de apreciación jurídica que ha llevado al órgano persecutor a errores garrafales, en donde las cosas se hicieron mal y la policía fue desprolija por decir lo menos.

Que el Ministerio Público al cierre, sostuvo que los hechos acreditados dieron cuenta de la preparación de cargamentos de marihuana en el exterior y en Chile y sobre el punto el detective Menay informó que en Paraguay estuvo cinco días con el acusado y también lo vio el policía Fuentes. A su vez V. dijo lo que expresó en estrados a cambio de nada y frente a algunas contradicciones reconoció que trabajó con un tal Elías quien lo enviaba a la casa de cambio y que expuso en presencia de los policías Sergio Bravo y Cristian Medina y el perito Carlos Delgado, siendo, además condenado por tráfico de marihuana. Otro hecho

objetivo fue que V. dijo en presencia del policía Bravo que concurrió a la casa de cambio a entregar dinero y en la misma línea el testigo H. también escuchó a dicho sujeto decir que envió a personas al mencionado establecimiento a llevar dinero. También los detectives Bravo y Serrano y el perito Delgado en octubre de 2008 al allanar la casa de cambio encontraron una gran cantidad de dinero sobrante que alcanzó a la suma aproximada de \$300.000.000. Luego Elías Exeni a contar de 2005 hasta el día de su detención, incurrió en tráfico de marihuana, siendo detenido con ochocientos kilos de esta droga, según certificado de un Juzgado de Garantía, encontrándose privado desde hace cuarenta y ocho meses y por ende acreditado el sustrato del delito base. Sostuvo que de haber existido alguna duda razonable sobre el punto, Elías Exeni a la fecha estaría libre. Además, V. cumple condena efectiva por tráfico de estupefacientes y al único que nombra siempre es a Elías Exeni. A su turno T.C. dio cuenta que a la casa de cambios concurrían diversas personas y una de ellas era Elías a quien reconoció en una fotografía. A su vez P.C., declarando anticipadamente, si bien dijo no conocer a Elías, refirió como operaba y considerando que el único antecedente que hubo en su contra fue su propia confesión, nunca dijo ser Nelson Palacios o un tal Luis y en definitiva declaró sin ningún incentivo adicional y si bien fue formalizado, en definitiva terminó sobreseído. Además, los movimientos ficticios de la casa de cambios se probaron con el sobrante de dinero de trescientos millones de pesos sin

justificación que fueron incautados en la misma y que razonablemente permitieron entender que a través de una cuenta corriente comercial se recibieron dineros para una cuenta corriente argentina, se efectuaron comunicaciones, se realizó un pago y después se hicieron los arcos correspondientes. Según el perito Marcelo Contreras, la mera colocación de dineros en Chile constituía lavado de activos que se entiende consumado desde que existe principio de ejecución. Asimismo, se probó el agotamiento que claramente implicó el no rastreo del dinero y el éxito del lavado. Relató que el lavado de activos siempre se podía hallar por una prueba indirecta y también habían otras alternativas que expuso el detective Bravo, acerca de la forma como salía el dinero. Explicó que el tipo penal del artículo 27 letra a) de la Ley N°19.913 era claro y abierto y constituía lavado de activos si se escondía dinero en el techo de una casa o si el mismo dinero era entregado en una casa de cambio, lo que sin duda era un ocultamiento más sofisticado. El acusado dijo ser un empresario minero que vino al país a hacer inversiones al amparo de beneficios otorgados por tratados internacionales a fin de comprar bienes a menor precio, hechos que debió probar la defensa. Sin embargo, el acusado nunca acreditó la apertura de una cuenta corriente, una solicitud de iniciación de actividades o una incorporación a alguna asociación de productores, pese a que durante dos años estuvo entrando y saliendo del país. En consecuencia, hubo personas que reconocieron a Elías Exeni como traficante de drogas, sin que se

exija una condena por estos hechos para tipificar un lavado de activos, ya que incluso es posible acreditar el hecho típico sin necesidad de probar participación. Tampoco se requiere una prueba directa porque el lavado de activos en sí mismo es un delito soterrado y de difícil pesquisa. Lo cierto que al menos en dos ocasiones, el acusado ingresó al país importantes cantidades de marihuana, hecho que no fue cuestionado de acuerdo a lo declarado por V. y la certificación otorgada por el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago. Finalmente, citó jurisprudencia como la del Tribunal Oral de Rancagua que consideró lavado de activos la compra de inmuebles a nombre propio o un fallo del Sexto Tribunal Oral de Santiago, que en el llamado “Caso de los Caviedes”, se estimó como lavado de activos la compra de bienes y servicios a nombre propio. Luego en ambos casos hubo ocultamiento. De lo anterior, se desprende que lo que busca el tipo penal en Chile es que la actividad del narcotraficante quede encapsulada, aislada o imposibilitada de movimientos y por ende insistió en su petición de condena.

Que la defensa insistió que todo este juicio constituía un gran error. De acuerdo al auto de apertura, se imputó al acusado la comisión de los ilícitos previstos en las letras a) y b) del artículo 27 de la Ley N°19.913, citando, además, los artículos 3° y 33 del mismo texto legal y no su artículo 28, por lo cual estimó que no se le imputó el delito de asociación ilícita para lavado. Sostuvo que la única posibilidad respecto de Elías Exeni era imputarle un auto lavado

que resulta incompatible con los ilícitos previstos en el citado artículo 27. Que a dos testigos les preguntó que si comprar divisas era colocación? y respondieron afirmativamente. Luego cuestionó si Elías Exeni podía realizar un auto lavado dado que no estaba acusado por asociación ilícita para el lavado, máxime cuando el ciclo de esta conducta se agotaba fuera del país. Sobre los bienes jurídicos afectados por este delito, planteó que se daban como opciones un atentado al sistema económico y la libre competencia, pero éstos no podían verse afectados si acaso el dinero no alcanzaba a ingresar al sistema financiero. Tampoco podía vulnerar la administración de justicia dado la imposibilidad de corromperla ni tampoco la seguridad del Estado. Luego planteó cuales eran las razones del adelantamiento de la punibilidad, indicando diversos sistemas en el derecho comparado, para concluir que dado que en la ley chilena el lavado de activos era una figura autónoma del delito base y se agotaba fuera de las fronteras del país, esta conducta quedaría impune si la punibilidad no se adelantara sancionándola desde que hubiese principio de ejecución. Estimó que el auto lavado realizado a través de una casa de cambio era riesgoso porque no podía superar la barrera de los cinco mil dólares sin tener que emitir una factura. Citando al profesor Prams sostuvo que podían haber actos exteriores como el caso del abogado que actúa como agente de cambio depositando en cuentas numeradas anónimas que no existen en Chile; crear una sociedad pantalla o coraza que genera ganancias ficti-

cias del tráfico pudiendo abrir una cuenta corriente en un banco o bien comprar una boleta de un casino o hipódromo. Ahora bien, como los testigos no entregaron indicio alguno de que el acusado hubiese constituido una sociedad o abierto una cuenta corriente en Chile, quiere decir que ni siquiera hubo tentativa para el lavado de activos. Señaló además, que todo delito debía tener un objeto material que en este caso era el dinero y en el presente caso, éste no existía, considerando que el Juzgado de Garantía aceptó excluir el dinero ofrecido por el Ministerio Público al no poderlo vincular al acusado. El Ministerio Público insistió en el delito base, acusó por las dos figuras del artículo 27 de la Ley N°10.913, en circunstancias que la letra a) es incompatible con la letra b) que es una norma específica que de acuerdo al artículo 5° de la Constitución Política debía interpretarse restrictivamente y por ende el delito base no tenía relación con esta última disposición. El perito Contreras sostuvo que si una persona llevaba dinero a una casa de cambio, cometía delito de lavado siempre que actuara con conocimiento de la obligación de reportar. Sin embargo, reiteró que Elías Exeni no fue acusado por la figura del artículo 28 de la ley citada. Argumentó que lo declarado por los detectives Fuentes y Menay fue un invento de principio a fin, ya que el primero dijo que el segundo estuvo una semana conviviendo con Exeni y se refirió a éste como la persona de confianza de los financistas chilenos, pero como se demoraron veinticinco días decidió abortar la misión. Los detectives dijeron que de toda esta

operación hubo monitoreos telefónicos y registros fílmicos, que en la audiencia no se presentaron. Por otra parte, Menay dijo que Exeni estuvo un solo día cuando llegó con unos regalos. Los antecedentes entregados por estos policías no constaron en la carpeta investigativa y considerando que de acuerdo al auto de apertura fueron presentados para acreditar algo distinto, sus dichos no pasaron de ser un cuento, que adoleció de contradicciones evidentes y por ende no hubo prueba independiente ya que ambos mintieron. El testigo V. fue reticente con el Ministerio Público y la defensa ignorando las razones. Dicho del testigo, cuando le preguntaron si había declarado, respondió que había dicho lo que salía en el texto que le presentaron, pero no pudo reconocer ni siquiera su firma porque no tuvo sus lentes, ni tampoco cuando declaró en la Fiscalía, entendiendo que esas declaraciones ya se encontraban hechas de antemano. El Fiscal ingresó al calabozo a hablar con los testigos antes que declararan y los amenazó y por ende cree que un funcionario de Gendarmería no iba a declarar en contra de la autoridad. Los detectives declararon por boca de V. e incluso uno de ellos no firmó dicha actuación. En definitiva no se probó el origen ilícito del dinero, lo cual se cayó por su propio peso y los dichos de V. se basaron en la búsqueda de un beneficio que finalmente no obtuvo, así como tampoco se acreditó que Elías Exeni conociera dicho origen ilícito. Finalmente reiteró que el auto lavado se agotaba cuando el dinero ingresaba a una cuenta en Chile, que es pasadizo de tráfico de drogas y lavado y por

eso se adelanta su punibilidad, reiterando la solicitud de absolución.

En la réplica el Ministerio Público sostuvo que la defensa vio los hechos desde un punto de vista distinto ya que dijo que siempre se le imputó la figura de la letra a) y no la de la b), considerando que no son incompatibles ya que ambos ilícitos exigen delito base. El auto lavado no está en la letra b), sino en la a) que paradigmáticamente el inciso final del artículo 27 ya citado, vino a salvar la situación. No hubo acusación por asociación ilícita ya que el conocimiento de las actividades de la casa de cambio solo permitió construir el dolo de lavado. En cuanto al objeto material, si el delito de lavado se consuma, quiere decir que el dinero ya no existe desde el momento que el ocultamiento fue exitoso. Es decir, cuando el lavado se comete y se consuma, el objeto material desaparece. Si la defensa creyó tener dudas sobre las declaraciones de los testigos, bien pudo recurrir a otras herramientas, pero en definitiva sus cuestionamientos fracasaron al igual que las amenazas a los testigos V. e H. que no se probaron, así como tampoco hubo contradicciones entre Menay y Fuentes. Por último, sostuvo que la ley era clara, ya que contemplaba el delito base para las dos figuras descritas en el artículo 27 del citado texto. A su turno, la defensa planteó que el hecho de que el Fiscal entrara a una celda a hablar con un testigo era un hecho grave que no estaba bien. No discutió las argumentaciones relativas a las letras a) y b) del artículo 27 porque eran incompatibles respecto de Elías Exeni, pero decir que

se acusó únicamente por la letra a) era impresentable. En la figura de la letra a) no se considera el delito base ya que si bien habla del origen de los bienes resulta que la letra b) dice algo muy distinto de acuerdo al inciso 5° de dicha norma. Reiteró que como a Exeni se le imputó un auto lavado no se aplica la letra b). A lo sumo se produce un concurso aparente de leyes penales entre el delito base y el lavado, que por la especialidad el primero subsume al segundo. Sostuvo que el estándar de duda razonable se aplicaba plenamente en este caso, considerando que el acusado no debía probar nada.

CUARTO. DECLARACIÓN DEL ACUSADO: Que llamado el acusado Elias Exeni Vallejos a ejercer el derecho contemplado en el artículo 326 del Código Procesal Penal, optó por declarar en el juicio lo siguiente: Que no sabe porque se encuentra enjuiciado, pese a que el Fiscal en la formalización sostuvo que no tenía una sola prueba que lo comprometiera, salvo un testigo llamado A. V., a quien supuestamente habría mandado a una casa de cambio a entregar dinero y por ello se habría acogido a un artículo 22. Agregó que se le imputó un lavado de dinero, sin que haya sido condenado por tráfico de estupefacientes en Chile ni en otro país, pese a estar denunciado por un delito de tráfico en el que se decomisaron ochocientos kilos de marihuana, pero en su poder no se halló droga ni dinero. Que llegó a Chile entre 2006 y 2007, pero entre 2005 y 2008, ingresó al país no menos de ocho veces y nunca fue detenido por tráfico de drogas ni

recibió dinero. Que cambió dinero en la casa YYY y en otras casas de cambio a lo largo de Chile, dólares por pesos chilenos y nunca al revés y recuerda que una vez cambió tres mil quinientos dólares; que no es dueño de alguna casa de cambio ni tiene bienes en Chile excepto una camioneta con patente del país; que no posee visa y se encontraba tramitando una residencia. Hizo presente que el Fiscal lo presionó para que acusara a la casa de cambio; que si cooperaba iba a salir beneficiado, de lo contrario estaría preso dos años más. Que entre octubre o noviembre de 2009, se enteró de la acusación por lavado de dinero; que nunca fue a declarar a la Fiscalía ni firmó documento alguno reconociendo nada y en estas circunstancias nunca estuvo presente su abogado. Refirió que en ese momento no estaba formalizado por lavado de dinero, lo que ocurrió veinte días después y reiteró que en la audiencia el Fiscal reconoció que no existía prueba alguna que lo involucrara en la casa de cambio. En una segunda declaración, el acusado señaló que todo lo dicho por la policía era una mentira, ya que nada tuvo que ver en el tráfico de drogas y fue presionado por el Fiscal; que el testigo P.C. presentó cinco identidades y que en Argentina se llamaba Luis Robadini. Que V. dijo que él ingresaba al país una vez al mes y según la policía lo hacía muchas veces coordinando la entrega al primero de cuatrocientos kilos de marihuana. Preguntó que cómo podía haberse dedicado al tráfico de drogas cuando vivía en un hotel ubicado en calle Toro Mazote cuyo dueño era carabinero y además, estaba a cuarenta

metros de una comisaría? Las veces que ingresó a Chile lo hizo acompañado por Marcos Corso y el chofer Miguel Angel Ertivo por el paso Libertadores haciendo presente que en todos los peajes quedaba grabada la patente del vehículo. Sobre los ingresos a Chile, muchas veces lo hizo por el paso de Sico que está a cargo de Carabineros en donde las constancias se realizan manualmente porque en la zona no hay electricidad. Cuando ingresaba por el paso Libertadores, automáticamente lo sacaban a un lado diciendo que había un problema en la computadora y al ser consultado a Interpol el agente decía que no era la persona. Que hace cinco años que reside en Santiago y ha sido confundido con otro sujeto que se llama Elías Vallejos que tiene treinta y cinco años de edad y por ende es otra persona. Sobre su experticia en química, señaló que nunca fue a la escuela; que para esconder droga en acrílico o en ropas se deben tener estudios sobre dicha ciencia; que en Salta su ciudad natal fue autodidacta y luego de dar unos exámenes obtuvo su certificado de séptimo grado. Además, nunca tuvo experticia en acomodar droga ni manejar grandes sumas de dinero; que los policías le dieron una paliza y le robaron la suma de veinte mil dólares. Que vino a Chile para producir sulfato de cobre ya que en Argentina pagaba cuarenta y seis por ciento más de impuestos; que ha estado en Paraguay unas veinte veces por ser el creador del Primer Torneo Bolivariano Internacional de Integración, con delegaciones de Argentina, Paraguay y Bolivia, en donde le correspondió organizar estas acti-

vidades e incluso hizo disertaciones sobre el tema y en esas circunstancias pudo verlo la policía. A Chile, además, vino a buscar la posibilidad de formar una sociedad chileno argentina, lo que realizó entre los años 2006 y 2007 en unas ocho oportunidades ingresó por el paso Libertadores y el de Sico y a Paraguay ingresó desde Chile por vía aérea, pero en definitiva nunca pudo constituir dicha sociedad. Que en el país realizó gestiones para adquirir quince bombas para trabajar en el Salar de Río Grande en Argentina a través de Pablo Astorga que era argentino quien se contactó con el chileno Sergio Robles que se dedicaba a este negocio, cuyo valor era de \$150.000 cada una. Que a P.C. lo conoció en la cárcel y no antes y supo que estuvo detenido por cinco kilos de droga y en el juicio éste dijo que no lo conocía y afirmó que viajaba a Argentina; que mandaba a personas a retirar dinero, cuyo origen no recordó. Que lleva privado de libertad desde hace cuarenta y cuatro meses, según le dijeron por el tráfico de ochocientos kilos de droga, que nada le encontraron cuando fue detenido. Que al policía Erick Menay nunca lo vio y nada sabe sobre lo que éste dijo en el juicio porque no estuvo en Villa María ni en Villa Mercedes. Sobre San Juan dijo que era una provincia argentina y existía un San Juan en Paraguay llamado San Juan de Compostela que estaba a una distancia de unos dos mil doscientos kilómetros del primero, pero nunca estuvo en este lugar y solo lo conoció de oídas. En todo caso dijo conocer la ciudad de Villarrica que se halla a unos trescientos kilómetros de Asun-

ción y entre la capital y San Juan en Paraguay existe una distancia similar. Señaló que en Salar de Río Grande se producía litio, sulfato de sodio y sales, ninguno de los cuales servía para producir drogas. La última declaración la prestó a propósito de una prueba nueva rendida por el Ministerio Público en la cual exhibió tres mapas. Al tenerlos a la vista, precisó que vivía en la Provincia del Chaco argentino que estaba a unos ochocientos kilómetros de Asunción; que Villarrica quedaba a unos ochocientos kilómetros de la frontera con Paraguay; que nunca vivió en Villa Mercedes, sino que en Villa María. Luego siempre vivió al lado de la frontera con Paraguay; que de Villarrica a Salta habían novecientos kilómetros y de Villa María a Salta más de mil kilómetros y por último, señaló que entre San Juan en Argentina y San Juan en Paraguay, había una distancia aproximada de tres mil kilómetros.

QUINTO. CONVENCIONES PROBATORIAS: Que los intervinientes no acordaron convenciones probatorias.

SEXTO. PRUEBA DEL MINISTERIO PÚBLICO: Que con el fin de establecer la concurrencia de los elementos del tipo penal por el cual se acusó al imputado y su participación en el delito respectivo, el órgano persecutor rindió las siguientes probanzas: testimonial de A. C. V. A., Mauricio Andrés Fuentes Lagos, C. C. H. Lizama, L.A.M.R., José Enrique Sagredo Gómez, Julio Enrique Peñaloza Mena, Cristian Felipe Medina Rojas, E.L.O.M.,

Gastón Daniel Carrasco Rivera, Felipe Marcelo Serrano Sepúlveda, Erick Danilo Menay Pino, Mauricio Alfonso Chacón Cantillana y P.E.C.; pericial de Carlos Alejandro Delgado Segura y de Marcelo Alejandro Contreras Rojas y documental, consistente en copia de sentencia dictada en causa RUC N°0700405788-5, certificación otorgada en causa RUC N°0800056018-K y constancia recaída en la misma causa.

PRUEBA DE LA DEFENSA: Que a su turno la defensa rindió testimonial de Sergio Renato Bravo Campos, Luis Fernando Navarrete Diocaretz, Luciano Enrique Romero Daza y Braulio Adolfo Rivera Orellana.

SÉPTIMO. HECHOS QUE SE TUVIERON POR ACREDITADOS: Que el tribunal apreció la prueba rendida en el juicio con libertad, velando no contradecir la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, con lo cual se logró adquirir más allá de toda duda razonable, la siguiente convicción:

1.-Que el acusado Elías Exeni Vallejos entre los años 2005 y 2008 intervino de manera habitual y sistemática en diversas operaciones de tráfico de cannabis sativa que le reportaron ingentes ganancias que a los menos en dos oportunidades entregó en la casa de cambios YYY ubicada en XXX, Santiago Centro a objeto de obtener divisas. En estas acciones estuvo coludido con el administrador y dependientes de la misma, quienes conociendo o no pudiendo menos que conocer el origen ilícito de dichos valores, aceptaron recibir-

los sin la correlativa entrega de una boleta o factura.

2.-En efecto, los dineros entregados en dicha casa de cambio, constituyeron el producto del tráfico de marihuana prensada de origen paraguayo, que un grupo de sujetos ingresaba regularmente al país proveniente de argentina y que quedaron suficientemente demostrados el día 24 de agosto de 2007 cuando se detuvo a C. C. H. Lizama, a A. C. V. A. y L. I. L. H., al ser sorprendidos portando más de seiscientos kilos de cannabis sativa prensada de origen paraguayo, quienes fueron condenados en abril de 2009 como autores del delito de tráfico de drogas, en causa RUC 0700405788-5. Por su parte, Elías Exeni Vallejos fue detenido el 10 de abril de 2008, por tráfico de drogas de alrededor de 800 kilos de cannabis sativa del mismo tipo, en la comuna de Las Condes.

3.-Recaudados los dineros producto de la venta de la droga debían concurrir a la casa de cambios YYY, señalando V. que ello ocurrió varias veces en el 2007 siguiendo instrucciones de Elías Exeni, siendo atendido por el administrador T.C., quien le recibió el dinero sin entregar boleta o factura de la transacción, coincidiendo las entregas de dinero a la casa de cambio con los embarques de droga que Luis y Elías traían desde Argentina.

4.-De este modo las acciones de Elías Exeni así como las de C. H. y A. V., permitieron que el dinero de origen ilícito ingresara al sistema económico financiero como una operación de cambio de divisas, para

lo cual se contó con el concurso de los representantes y empleados de la casa de cambio YYY, quienes deliberadamente omitieron los controles fijados por el sistema preventivo de lavado de activos y actuaron como mandatarios o depositarios de los sujetos que cambiaron el dinero de origen ilícito, manteniéndolo en sus dependencias hasta ser retirados por terceros o enviado a sus destinatarios finales.

OCTAVO VALORACIÓN: Que para decidirlo, se valoraron de acuerdo con lo prescrito en el artículo 297 del Código Procesal Penal, los elementos de convicción presentados en estrados y que se analizaron a continuación:

1.- Que se contó con las declaraciones del policía José Enrique Sagredo Gómez en cuanto participó como agente revelador y que posteriormente condujo a la detención de Elías Exeni ocurrida el día 10 de abril de 2008 en el sector del Parque Arauco, comuna de Las Condes, incautándose 802 kilos 398 gramos de marihuana prensada de origen paraguayo, encontrándose actualmente formalizado por estos hechos. Que la condición asumida por este policía le permitió reunirse personalmente en avenida Brasil, Santiago Centro, con un sujeto que describió de contextura gruesa, alto y de bigotes, trasladándose luego en una camioneta con patente argentina hasta avenida Kennedy frente al mencionado establecimiento comercial, en donde dicho individuo le señaló una camioneta Toyota de color blanco con patente nacional, que se encon-

traba estacionada en dicho lugar, en cuyo interior se encontró la droga antes individualizada, identificando en la audiencia a dicha persona como el acusado Elías Exeni Vallejos. Una vez constatada la presencia del estupefaciente, este detective procedió a retirarse por razones de seguridad. A su turno, el policía Mauricio Alfonso Chacón Cantillana formó parte del grupo que detuvo a Elías Exeni por estos hechos y que anteriormente prestó cobertura al agente revelador ubicándose a una distancia de cien a ciento cincuenta metros. Que al realizar un control de identidad revisaron la camioneta blanca y al abrir el pick up encontraron varios sacos de marihuana que estaban escondidos detrás de unos de carbón. En la audiencia reconoció a Elías Exeni como el sujeto que fue detenido en las circunstancias ya mencionadas.

2.- Que la conducta antes descrita respecto de Elías Exeni resultó concordante con los dichos de A. C. V. A. en cuanto señaló que fue detenido en Los Andes al ir a buscar yerba, mandado por Elías Exeni con quien se encontró en la cárcel y por lo cual fue condenado a la pena de seis años. Dio cuenta que una vez concurrió a una casa de cambio llamada YYY a entregar dinero proveniente del tráfico de yerba, sin saber para quien era, ya que solo lo mandaban. Precisa que fue una gran cantidad de veces a principios de 2007, coincidiendo con los embarques de droga que Luis y Elías traían de Argentina. Que entregó yerba a cambio de dinero, ganando \$200.000 por kilo. Las entregas de dinero las hacía por encargo de Elías, quien lo llamaba

por teléfono y negociaba el precio. Llegaba a la casa de cambio, decía que lo mandaba Elías y lo atendían indistintamente J.R.V.S., P.Y. o T.C. en el segundo piso, en donde entregaba el dinero, lo contaban y se retiraba sin recibir comprobante.

3.- Que los dichos de V. A. encontraron apoyo en los testimonios de los policías Cristian Felipe Medina Rojas y Carlos Alejandro Delgado Segura, que dieron cuenta de haber presenciado la declaración que prestó ante el Fiscal. Precisaron que V. conoció a Exeni en 2005, quien lo llamaba a su teléfono, se juntaban alrededor de la avenida Kennedy, él iba en su vehículo y Exeni le entregaba una camioneta con alrededor de cuatrocientos kilos de marihuana en sacos con ladrillos de un kilo. Una vez realizado el cambio Exeni le avisaba que tal o cual persona lo iba a llamar a quien debía entregarle cierta cantidad de droga. Una vez hechas las transacciones, Exeni le decía cuanto dinero iba a recibir y en ese momento le presentó a un paraguayo llamado Luis Ahumada, quien le indicó una casa de cambio ubicada en calle XXX a donde debía concurrir llevando el dinero. Le dijeron que debía presentarse diciendo que venía de parte de Elías y en ese momento tomaba contacto con V., Y. o T., subía al segundo piso en donde contaban el dinero, le entregaban dólares y se retiraba sin recibir comprobante. Expresaron que se exhibió a V. un set fotográfico en donde identificó al acusado como la persona que conocía como “don Elías”.

4.- Que por otra parte, el detective Felipe Marcelo Serrano Sepúlveda y el ya mencionado Carlos Delgado Segura, también dieron cuenta de haber presenciado la declaración que T.C.A., administrador de la casa de cambio YYY, realizó ante el Fiscal en julio de 2009 en presencia de su abogado y señaló que el negocio que prestaba la agencia era el cambio de dinero proveniente de la marihuana y uno de los servicios era el transporte físico del dinero, en especial de remesas al extranjero. Otra forma que expuso consistía en que la agencia cambiaba dinero en Chile, luego liberaba las divisas en Mendoza, Argentina en donde eran retirados por un tercero, sin que existiera traslado físico. Agregó que el transporte físico lo realizaban choferes de confianza de C.R., el dueño de la casa de cambio en Argentina. En la misma declaración identificó a un sujeto de contextura gruesa, de nacionalidad argentina, que identificó como Elías Exeni, a quien ubicaba por ser una persona que llegaba a la casa de cambio portando dinero de baja denominación y que cambiaba a dólares, evadiendo todas las formalidades legales. En la declaración de 23 de julio de 2009 dijo que sospechaba que el dinero que recibían de Elías Exeni provenía del tráfico de drogas. Agregó que toda la operativa de la agencia pasaba por F.G. y existían dineros de origen desconocido de los cuales nunca se entregó un comprobante. Sobre este último punto, el perito señor Delgado Segura, ilustró al tribunal acerca de que al analizar la contabilidad de la casa de cambio YYY, detectó un sobrante de caja de aproximadamente trescientos millo-

nes de pesos que al no contar con documentación de respaldo ni existir registros contables, lo llevó a concluir que la contabilidad de dicha agencia no era fidedigna.

5.- Que en el mismo orden de ideas, se contó con los dichos del testigo de la defensa, el detective Sergio Renato Bravo Campos, en cuanto estando presente en la declaración de V. ante el Fiscal, lo escuchó decir que conocía a Elías Exeni con quien regularmente se reunía en el sector del Parque Arauco o alrededores, en donde éste le entregaba droga y le indicaba como distribuirla a los compradores y luego lo llamaba para hacer la recolección del dinero. Agrega que ya en posesión del mismo, aproximadamente veinte a treinta millones de pesos, Exeni lo llevó a una casa de cambio ubicada en calle XXX, le presentó a la gente que trabajaba en dicho lugar y que eran conocidos de Exeni, manifestándole que si en algunas ocasiones él no estaba en Chile, a través de la casa de cambio iba a poder retirar el dinero en una casa similar en Mendoza. Posteriormente, concurría a la casa de cambio, diciendo que venía de parte de Elías para don L., entregaba el dinero en el segundo piso en donde lo contaban y le daban el recibo de la máquina sumadora, no una boleta o factura y le avisaba a Elías que ya había realizado la entrega. El policía Bravo Campos refirió que V. habló de don Elías y de don Nelson. Además, se confeccionó un set fotográfico, en el cual V. reconoció la imagen de una persona que resultó ser Elías Exeni, como asimismo también identificó a P.Y. y a T.C. y mencionó haber tra-

bajado con don Elías dos o tres años en esto de distribuir la droga y recolectar el dinero.

6.- Asimismo, el testigo Bravo estuvo presente en la declaración que prestó P.Y., quien informó que T. le daba instrucciones como jefe, en el sentido de recibir a personas que venían de parte de determinadas sujetos que traían dinero de veinte a treinta millones de pesos, que presentaba un olor muy fuerte, que asociaba con algún tipo de droga. Que entrevistó a T.C.A., administrador de la casa de cambio, que explicó en similares términos la forma de operar de la misma, especialmente en cuanto a la recepción de grandes sumas de dinero. Además, manifestó conocer a V. y a don Elías diciendo que eran personas que realizaban las operaciones de dinero ya descritas.

7.- Que también se contó con los dichos del detective Luis Fernando Navarrete Diocaretz, en cuanto manifestó haber participado en el allanamiento a la casa de cambio YYY, a fines de 2008, lugar en donde se incautó documentación contable y dinero que alcanzó a una suma de entre quinientos a seiscientos millones de pesos. Dio cuenta que parte de los dineros que se depositaban en dicha agencia provenían del tráfico de droga, que eran llevados a Argentina sin que se dejara ningún registro, no recordando la forma del traslado.

8.- Sobre lo mismo el testigo E.L.O.M., quien se había desempeñado como cajero de la casa de cambio, dio cuenta que cuando el monto de la transacción excedía de mil dólares, los depositantes eran atendidos

en unas oficinas privadas ubicadas en el segundo piso. Finalmente el testigo C. C. H. Lizama refirió que fue detenido en agosto de 2007 a raíz de que llegó al peaje Chacabuco en Los Andes a buscar un cargamento de 200 kilos de marihuana, de acuerdo a una llamada telefónica que recibió de un tal Nelson, siendo acompañado por el taxista L.M. a quien en ocasiones anteriores ya había mandado a una agencia ubicada en el centro a entregar dinero sin recibir comprobante a cambio. Este hecho fue ratificado con el testimonio del citado L.A.M.R., quien reconoció en estrados haber realizado entregas de dinero en la casa de cambio YYY por cuenta de C. H. Lizama, sin recibir comprobante alguno por dicha transacción.

9.- Que la evidencia documental incorporada en estrados que dio cuenta de la situación procesal del acusado y de los testigos V. e H., permitió contextualizar la conducta de cada uno de ellos, en cuanto entregaron dineros de origen ilícito en la casa de cambio YYY o enviaron a otros a ejecutar esta acción. En efecto, se contó con copia autorizada de la sentencia de diecisiete de abril de dos mil nueve dictada por el Sexto Tribunal Oral de Santiago en causa RUC N°0700405788-5, según la cual H. fue condenado a las penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y V. lo fue a seis años de presidio mayor en su grado mínimo, por los hechos que ellos mismo dieron a conocer en estrados ocurridos el 24 de agosto de 2007 en el peaje Chacabuco, comuna de Los Andes, en donde se

incautó un total de más de 643 kilos de marihuana de origen Paraguayo. Asimismo, se agregó certificado otorgado por el Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, según el cual en causa RUC N°0800056018-K, Elías Exeni Vallejos fue formalizado por tráfico ilícito de drogas el 14 de abril de 2008 y cuyos hechos se detallaron en la constancia que emitió el fiscal de la causa, dando cuenta que el 10 de abril de 2008 aquel fue detenido junto a M.D.C. porque en el interior de una camioneta mantenían un cargamento de 802 kilos, 398 gramos de marihuana prensada. Por estos hechos ya declararon los policías Sagredo y Chacón, actuando el primero como agente revelador.

10.- Que el conjunto de la prueba rendida por el órgano persecutor, permitió convencer a estos jueces que el acusado Elías Exeni Vallejos se dedicaba al tráfico de estupefacientes, específicamente marihuana prensada de origen paraguayo, que internaba al país desde Argentina para ser distribuida en Chile. El producto de dicha venta de la droga, que le generaba ingentes ganancias, lo convertía en divisas que depositaba en la casa de cambio YYY ubicada en XXX, Santiago Centro. Para estas actividades contaba con el apoyo de terceros que aparte de estar involucrados en el tráfico de drogas, se encargaban de realizar los depósitos en la mencionada agencia por cuenta de Elías Exeni. Para ello estas personas utilizaban un lenguaje encriptado mediante el cual daban a conocer a los dependientes o encargados de la casa de cambio que traían dinero cuyo origen lícito

no podían demostrar. Fue así que uno de los sujetos llamado A. V. A., entregó antecedentes sobre el modus operandi que en general consistía en que se juntaba con Elías Exeni en los alrededores del Parque Arauco en la comuna de Las Condes, en donde le entregaba una camioneta cargada con marihuana prensada que venía en sacos, que luego distribuía siguiendo instrucciones de Elías que después lo mandaba a entregar el dinero a la casa de cambio aludida. De este modo, V. solía llegar a dicha agencia, señalando en el mesón que venía de parte de Elías, para que de inmediato fuera atendido indistintamente por J.V., el administrador T.C. o P.Y., quienes de inmediato lo llevaban al segundo piso y en una oficina privada, aquel entregaba el dinero, lo contaban y luego se retiraba sin recibir boleta o factura que diera cuenta de esta transacción. Lo anterior cobró relevancia si se toma en cuenta que V. se encuentra actualmente cumpliendo condena por tráfico de estupefacientes y Exeni está formalizado por el mismo delito luego de haber sido detenido precisamente en las inmediaciones del Parque Arauco por entregarle una camioneta cargada con marihuana a un sujeto que resultó ser el detective Sagredo cuando actuó como agente revelador.

11.- V. prestó declaración en Fiscalía en donde señaló haber sido mandado por Elías Exeni a entregar dinero a la casa de cambio YYY que provenía del tráfico de drogas y que luego con algunas dificultades reiteró en la audiencia. Esta declaración extrajudicial, fue corroborada por los

detectives Cristian Medina, Carlos Delgado y Sergio Bravo que estuvieron presentes en dicha diligencia y que de manera conteste reprodujeron al tribunal la versión que V. prestó ante el Fiscal. La circunstancia de que el policía Medina no haya firmado el acta de declaración de V., no restó validez a su testimonio, porque todos los demás funcionarios concordaron que aquel estuvo presente en dicha diligencia. Además, también se llegó al nombre de Elías Exeni, mediante los dichos del policía Bravo, quien entrevistó a T.C. quien dijo conocer a V. y a un sujeto como “don Elías”, diciendo que eran personas que entregaban en la casa de cambio sumas de dinero de entre veinte a treinta millones de pesos.

12.- La situación financiera contable de la casa de cambio también constituyó un indicio relevante. En efecto, al cumplirse una orden de entrada y registro en sus locales, se incautó una gran cantidad de dinero que a primera vista no tenía respaldo y que vino a confirmar que en dicha agencia se recibía dinero de origen desconocido y que no obedecía a operaciones regulares y acordes con el giro de la misma y que además, corroboraron los testigos V., H. y Muñoz cuando afirmaron que sujetos como V. nunca recibieron comprobante alguno como boleta o factura después de entregar el dinero. Este último hecho, además, permitió acreditar que dichos valores tenían un origen ilícito y por ende espúreo ya que con el cambio de los mismos a divisas se posibilitaba su ingreso al sistema financiero impidiendo su rastreo y búsqueda. En apoyo de lo

anterior, el perito Carlos Delgado detectó un sobrante de alrededor de trescientos millones de pesos que al no estar registrados y carecer de respaldo documental, lo llevó a concluir que la contabilidad de la agencia no era fidedigna.

13.- Que el testigo V. exhibió nerviosismo y hostilidad ya que la mayoría de sus dichos debieron obtenerse vía el ejercicio del artículo 332 del Código Procesal Penal con respecto a lo declarado en la Fiscalía. Manifiestó que en Fiscalía no tuvo sus lentes y firmó su declaración sin leerla, no recordó si su abogado buscó un art.22; no reconoció a Exeni en estrados y dio cuenta que el lunes (se refiere al 21 de noviembre de 2011) el Fiscal lo amenazó en el calabozo. Su actitud en el juicio reveló a estos jueces que el testigo estuvo temeroso, probablemente había sido amenazado por terceros que sin duda no fue el Fiscal, al declarar fue lacónico, intencionadamente omitió hablar de marihuana y se refirió a la droga como “yerba”. Asimismo, pese a describir en estrados la forma en que entregaba el dinero en la casa de cambio YYY, por cuenta de un tal Elías, negó conocer al acusado. Sin embargo, el hecho de estar condenado por tráfico de estupefacientes, haberse encontrado con el imputado en el recinto penitenciario y extrajudicialmente reconocer que el tal “don Elías” era precisamente Elías Exeni Vallejos, llevó a estos jueces a considerar que no obstante su aporte, el testigo V., prefirió omitir el nombre de aquel por razones de seguridad, máxime si está privado de libertad y al tribunal fue conducido

por Gendarmería en forma separada y con especiales medidas de custodia, según informó al tribunal el personal a cargo. Respecto de la denuncia de que el Fiscal lo habría amenazado, desde ya el testigo C. H. señaló que ese día también estuvo en el calabozo con V. y aquel les dijo en presencia de los gendarmes que solo declararían lo que habían dicho en la Fiscalía. Por su parte, los funcionarios de gendarmería, llamados por la defensa bajo la modalidad de prueba sobre prueba, Luciano Enrique Romero Daza y Braulio Adolfo Rivera Orellana, expresaron que el Fiscal ingresó al calabozo a conversar con dos internos y luego se retiró; que en ese momento se apartaron un poco, alrededor de un metro y no escucharon el tenor de la conversación, pero notaron que fue en un tono normal y no hubo nada extraño. Sobre el punto, la opinión del defensor de que probablemente los gendarmes no iban a declarar en contra de la autoridad, no pasó de ser una mera apreciación subjetiva sin fundamento alguno en la causa.

NOVENO: CALIFICACIÓN JURÍDICA: Los hechos reseñados en el considerando séptimo, son constitutivos del delito de lavado de activos tipificado en el artículo 27, letra a) de la Ley N°19.913 que sanciona al 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 -en el presente caso- del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, cometido en la comuna de

Santiago entre el año 2005 y el 10 de abril de 2008.

Que el lavado de activos consiste en un proceso mediante el cual se pretende ocultar o disimular la existencia, fuente o uso de bienes o fondos producto de actividades ilegales, con el único objeto de hacerlos aparecer como legítimos. Es decir, mediante estas conductas los bienes de origen delictivo se integran al sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita.

Ahora bien, el dinero en el proceso de blanqueo de activos suele seguir distintas etapas con independencia de la complejidad de la operación de que se trate y que son: colocación, enmascaramiento o estratificación e integración. Estas fases pueden llevarse a cabo separada o simultáneamente aunque a menudo se superponen. Debe señalarse que si bien la ley no distingue estas etapas, la doctrina por razones didácticas las ha considerado. Colocación, consiste en deshacerse materialmente de las importantes sumas de dinero en efectivo que genera la actividad ilícita. Generalmente, mediante el traslado material de los valores a un lugar diverso de donde se generaron y/o introduciéndolos en establecimiento financiero como bancos o casas de cambio. Enmascaramiento o estratificación, persigue desligar los dineros ilícitos de su origen, generando para ello un complejo sistema de amontonamiento de transacciones financieras destinadas a borrar la huella contable de tales fondos ilícitos. Por ejemplo, convertir el dinero en metálico en otros instrumentos

o medios de pago; revender bienes adquiridos con dinero en efectivo o transferir electrónicamente fondos depositados en un banco a otras cuentas situadas en zonas geográficas distintas. Por último, integración, consiste en conferir una apariencia definitiva de legalidad a un patrimonio de origen criminal, situando los fondos blanqueados en la economía de tal forma que, integrándose en el sistema bancario aparecen como productos de una actividad comercial legítima y normal; v.gr. venta de bienes inmuebles, constitución de sociedades “pantalla”, préstamos simulados o generación de facturas falsas de importación o exportación.

Desde el punto de vista bancario, el momento clave del lavado de activos, lo constituye la colocación, es decir, el ingreso en una entidad financiera de los dineros provenientes del delito que corresponda. Este es el momento de inicio de la operación de blanqueo y la mayoría de los controles que contempla la legislación se dirigen a esta etapa con el fin de detectar el lavado. En las otras etapas, la pesquisa del blanqueo se torna más difícil porque los bienes de origen ilícito ya han adquirido apariencia de legitimidad dentro del sistema financiero.

Aplicando este marco teórico a los hechos de la acusación que se tuvieron por acreditados, cabe señalar que la conducta de Elías Exeni correspondió a la fase de colocación, porque mediante las entregas de dinero en la casa de cambio YYY, buscó deshacerse del producto de las ventas de droga, mediante su cambio a divisas para simular operaciones legíti-

mas y exentas de toda duda sobre su origen.

En el mismo sentido el perito Carlos Alejandro Delgado Segura, encuadró la conducta de Exeni en una tipología de lavado porque de acuerdo a los antecedentes de la carpeta investigativa y análisis de contexto, se pudo establecer que el acusado concurrió a la casa de cambio a dejar dinero, sin comprobante de respaldo y al parecer con el fin de cambiarlo a divisas y enviarlo al exterior. Sobre el punto informó que una tipología identifica una conducta que puede ser lavado y el mero depósito en una entidad como una casa de cambio puede constituir un indicio de blanqueo de capitales.

El tribunal tipificó la conducta del acusado en la norma de la letra a) del artículo 27 de la Ley N°19.913, porque éste al entregar dineros en la casa de cambio, de alguna forma ocultó o simuló el origen ilícito de los mismos y lógicamente a sabiendas que provenían directamente del tráfico de estupefacientes. Que dicho conocimiento, quedó indubitablemente acreditado por dos factores: La entrega de dinero sin recibir comprobante alguno que diera cuenta de la operación y el hecho que Exeni fuera detenido con un cargamento de drogas y por el cual se halla formalizado.

De este modo, al tribunal quedó claro que la conducta del acusado siempre correspondió a la figura prevista en la letra a) y no a la de la b) del artículo 27 de la citada ley que supone que el sujeto activo ha recibido bienes de terceras personas

conociendo su origen ilícito. Sobre lo mismo, la defensa postuló la tesis de que la figura de la letra a) que denominó de auto lavado era imposible que se aplicara respecto de acusado porque dicha acción solo representaba el agotamiento del delito de tráfico de estupefacientes, con el cual se producía un concurso aparente de leyes penales que por el principio de especialidad, el delito base terminaba subsumiendo la conducta de blanqueo.

Sin embargo, conforme a la Ley N°19.913, la figura de lavado de activos constituye una figura penal autónoma, cuya sanción no depende de una condena por el delito base, ya que solo basta que el origen de los bienes constituya un hecho típico y antijurídico, que precisamente es la situación atingente a Elías Exeni Vallejos, de acuerdo a lo señalado anteriormente. Por lo mismo, el legislador adelantó la punibilidad de la conducta al sancionar las acciones más elementales y básicas dentro del proceso de lavado, como es la etapa de colocación, mediante la cual el sujeto se desliga del dinero obtenido ilícitamente introduciéndolo en un establecimiento financiero como una casa de cambio. Si la ley para sancionar se limitara a esperar que el proceso de lavado se completara en su totalidad, la mera acción de colocación quedaría impune, dado que en general el delito de lavado produce en el extranjero los resultados que le son propios.

La discusión planteada por la defensa acerca del bien jurídico protegido y el objeto material del delito como parte

de sus argumentos para cuestionar la existencia del delito, no alteró en absoluto la convicción del tribunal sobre la materia. En efecto, sobre el bien jurídico protegido al menos se han planteado cinco posturas. Una economicista que opta por defender el sistema económico y especialmente la libre competencia; otra que atiende a la administración de justicia; una tercera que postula que sería el mismo que cautela el delito base; otra que apunta a la seguridad interior del Estado y la última que sostiene que es un delito pluriofensivo que abarcaría todos los bienes jurídicos anteriores.

Ahora bien, en general el bien jurídico ubicado en la tipicidad sirve para interpretar y limitar los tipos penales de resultado en que aquel pasa a identificarse con el objeto del comportamiento. En los tipos de peligro abstracto y en los que protegen bienes jurídicos colectivos y en general en los tipos de consumación anticipada, la idea de bien jurídico carece de funcionalidad real. Es lo que precisamente ocurre con el delito de lavado de activos, porque el bien jurídico carece de relevancia y operatividad práctica, como no sea interpretativa del tipo, dado que este delito se estructura como protector de un bien jurídico colectivo, por medio de la técnica de la consumación anticipada que no exige la efectiva lesión de un bien jurídico concreto para que el delito esté consumado. En consecuencia, la idea de un delito pluriofensivo que protege intereses colectivos resulta más acorde con la propia estructura del tipo en la ley N°19.913, ya que

de forma mediata se ataca la administración de justicia y de manera inmediata el orden socioeconómico, en especial la circulación de los bienes del mercado porque todas las operaciones que se realizan en nuestra economía, solo tienen sentido en la medida que todas las personas participen en igualdad de condiciones. En consecuencia, si se afecta el sistema financiero, en la mayoría de los casos también se afecta la libre competencia. Asimismo, al crear la ley el tipo de asociación ilícita para el blanqueo de capitales, también se atiende a combatir la criminalidad organizada y por ende se defiende la seguridad interior del Estado.

En cuanto al objeto material del delito, definido como la persona o cosa corporal o incorporal sobre la que recae la conducta típica en relación directa con el bien jurídico, el tipo penal de lavado de dinero, se estructura sobre aquellos bienes que describe el inciso 2° del artículo 27 de la Ley N°19.913 y que tienen su origen en el delito que aparece en el catálogo cerrado establecido en esta norma. Sobre el punto, la defensa argumentó que todo delito debía tener un objeto material que en este caso era el dinero y en la especie, éste no existía, porque el Juzgado de Garantía excluyó el dinero ofrecido por el Ministerio Público al no poderlo vincular al acusado. Sin embargo, la prueba rendida permitió establecer una conducta habitual del acusado en orden a entregar dineros en la casa de cambios, sea en forma directa o a través de terceros con el objeto de obtener divisas o en la mayoría de los casos desviar

los fondos hacia el exterior. En esta dinámica no se pudo establecer con precisión la cantidad de dinero que Elías Exeni disimuló o pretendió disimular, sobre todo porque nunca se entregó comprobante alguno, sea boleta o factura que acreditara dicha operación.

En cuanto a su grado de desarrollo, al delito de lavado se aplican las penas del delito consumado, cuando se encuentre en grado de tentativa y con mayor razón, en el de frustrado. Lo anterior, en virtud de la remisión operada en la Ley N°19.913 en su artículo 33 letra d) a la Ley de Drogas.

DÉCIMO. PARTICIPACIÓN DEL ACUSADO: Que la participación del acusado, se acreditó con los elementos probatorios ya analizados, especialmente las imputaciones directas, precisas e indubitadas que le formularon el testigo A. V. y los policías Cristian Medina, Carlos Delgado y Sergio Bravo que personalmente estuvieron presentes en la declaración que prestó el primero en donde describió las conductas de entrega de dinero a la casa de cambio YYY y que realizó por cuenta de Elías Exeni. Asimismo, el detective Felipe Serrano y el mencionado Carlos Delgado, interrogaron a T.C., administrador de la mencionada agencia, quien reconoció la entrega de dineros por parte de un sujeto de contextura gruesa y de nacionalidad argentina que identificó como el acusado. En relación con lo mismo, el perito Delgado informó sobre el hecho de que al revisar la contabilidad de la casa de cambio, detectó

un sobrante de caja de alrededor de trescientos millones de pesos que al carecer de respaldo y no figurar en los registros contables, concluyó que dicha contabilidad no era fidedigna. A su turno los policías Sagredo y Chacón así como la evidencia documental, permitió establecer la situación procesal de V. y del acusado, la cual dio sustento a la imputación de lavado y contextualizó las actividades de tráfico de estupefacientes como fuente productora de los recursos y bienes que luego habitualmente se entregaron en la casa de cambio con las consecuencias ya señaladas.

Por otra parte el acusado no acreditó en Chile ni en su país de origen, la existencia de actividades económicas lícitas, que justificaran las permanentes entradas y salidas del país, tomando en cuenta que el mismo dijo que vino a Chile, en su condición de “empresario minero” a realizar inversiones, buscar socios o comprar bombas de agua para un salar que explotaba en el norte argentino. Tampoco prosperó su tesis de que otra era la persona involucrada en el lavado de dineros, que tenía treinta y cinco años de edad y se llamaba Elías Vallejos, por falta de prueba. Incluso sobre el número de su DNI que al comienzo del auto de apertura aparecía equivocado en un dígito, de la misma prueba documental se acreditó fehacientemente que su número era el 14.159.819 y con el cual fue identificado en Chile y se controlaron sus movimientos migratorios.

Por último, se desestimaron los dichos del acusado en cuanto sostuvo

la imposibilidad de traficar estupefaciente aduciendo que había vivido en un hotel cuyo dueño era carabinero y estaba ubicado a una cuadra de una comisaría, porque estos antecedentes de ser ciertos, en nada impidieron dicha actividad ilícita. En especial, porque su modus operandi siempre consistió en involucrarse personalmente lo menos posible y realizar las entregas de dinero a través de otros sujetos.

Que en consecuencia, se tuvo por acreditada la participación culpable de Elías Exeni Vallejos como autor del delito de lavado de activos por haber intervenido de una manera inmediata y directa.

UNDECIMO. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PENA:

Que en la audiencia prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público, sostuvo que al no contar con antecedentes sobre la conducta pretérita del acusado en su país de origen no estaba en condiciones de cuestionar la atenuante respectiva. En consecuencia, solicitó que el acusado fuera condenado a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y multa de quinientas unidades tributarias mensuales. Sobre el punto la defensa del acusado no formuló ninguna alegación. Por consiguiente, el tribunal acogió la atenuante de irrochable conducta anterior.

DUODECIMO. PRUEBA DES-

ESTIMADA: Que el tribunal no valoró las declaraciones de los detectives Erick Danilo Menay Pino y Mauricio Andrés Fuentes Lagos, en cuanto relataron los hechos relativos

a su intervención en Paraguay, porque dichas circunstancias no formaron parte de la carpeta investigativa, hecho que reconoció el primero de los policías nombrados. En consecuencia, sus dichos no fueron conocidos oportunamente por la defensa, quien fue sorprendida con esta información y estuvo impedida de ejercer los derechos correspondientes. Del mismo modo, tampoco se ponderaron los dichos del testigo P.E.C., quien declaró anticipadamente y que el tribunal conoció mediante la escucha de un audio, por cuanto tuvo serias dudas acerca de su verdadera identidad, si se toma cuenta que el propio detective Menay informó que Nelson Palacios, uno de los sujetos que habría estado involucrado en tráfico de drogas desde Paraguay, usaba como apodo el de P.C. y otras identidades. Asimismo, el Fiscal en su alegato de cierre sostuvo que el único antecedente que en su momento hubo en contra de P.C. fue su propia confesión, quien nunca dijo si era “Nelson Palacios” o un tal “Luis”, con lo cual no estuvo en condiciones de dilucidar esta interrogante ni tampoco dio cuenta de diligencias tendientes a aclarar la situación. Además, si bien C. adujo ser argentino, del audio que se escuchó y que fue bastante nítido, se evidenció que el acento de dicha persona no correspondía la nacionalidad del que declaraba. Al menos el tribunal tuvo esa impresión. A mayor abundamiento, el acusado dijo que C. presentaba cinco identidades y en Argentina se hacía llamar “Luis Robadini”. Por último, se desestimaron los dichos de Julio Enrique Peñaloza Peña y de Gastón Daniel Carrasco Rivera,

por cuanto nada aportaron sobre el particular.

DECIMOTERCERO. PENA A APLICAR: Que el delito de lavado de activos, se encuentra sancionado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales. La pena privativa de libertad no será aplicada en su maximum por beneficiar al acusado una atenuante. De igual forma, la multa será impuesta en su mínimo.

DECIMOCUARTO. BENEFICIOS DE LA LEY N°18.216: Que al acusado no se otorgara beneficio alternativo alguno, atendido la extensión de la pena de presidio que se le impondrá.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 11 N°6, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 26, 28, 50 y 68, del Código Penal; 27 y 33 de la Ley N°19.913; 1°, 3°, 18, 25, 52, 62 de la Ley N°20.000; 45, 47, 284, 285, 286, 289, 291, 295, 296, 297, 329, 338, 340, 342, 346 y 348 del Código Procesal Penal, SE DECLARA:

QUE SE CONDENA AL ACUSADO ELIAS EXENI VALLEJOS, ya individualizado, en calidad de autor del delito de lavado de activos, perpetrado en grado de consumado en la comuna de Santiago entre el año 2005 y el 10 de abril de 2008, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, multa de doscientas unidades tributarias mensuales y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos

políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Que no se condena al acusado al pago de las costas de la causa, porque al estar privado de libertad, se lo presume pobre para todos los efectos legales.

Que no se otorga al acusado ningún beneficio alternativo, en consideración a la extensión de la pena de presidio ya referida, sin que haya abonos que considerar.

Si el acusado no pudiere pagar la multa impuesta, sufrirá por vía de sustitución, la pena de reclusión, regulándose un día por cada media unidad tributaria mensual sin que pueda exceder de seis meses.

En su oportunidad, devuélvanse al Ministerio Público los documentos presentados previa constancia.

Regístrese y comuníquese en su oportunidad, al Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, para los fines que correspondan y hecho, archívese.

Redactó el Magistrado don Juan Carlos Urrutia Padilla.

RUC: 0800077341-8

RIT: 253-2011.

DICTADA POR EL CUARTO TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO, INTEGRADO POR LOS JUECES TITULARES DOÑA GENI MORALES ESPINOZA, PRESIDENTE DE SALA, DON JUAN CARLOS URRUTIA PADILLA

Y DOÑA MARÍA ELISA TAPIA ARAYA.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago:

Santiago, tres de abril de dos mil doce.

Vistos, oídos y teniendo presente:

Se ha interpuesto recurso de nulidad por el sentenciado Elías Exeni Vallejos, en contra de la sentencia dictada por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, el trece de diciembre de dos mil once, por medio de la cual se lo condenó a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más multa de doscientas Unidades Tributarias Mensuales y accesorias correspondientes, como autor del delito de lavado de activos, perpetrado en grado de consumado en la ciudad de Santiago entre el año 2005 y el 10 de abril de 2008.

El recurso se funda en la causal contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, por cuanto la sentencia no cumple con los requisitos de las letras c) y d) del artículo 342 del mismo cuerpo legal.

Como segundo motivo de nulidad y en forma subsidiaria, se esgrime la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por cuanto se ha incurrido en error de derecho que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo.

Considerando:

1°) Que el arbitrio descansa en primer término en la causal reconducida

como motivo absoluto de nulidad de la letra e) del artículo 374 en relación a las letras c) y d) del artículo 342 del Código Procesal Penal; que se hace consistir que la sentencia no contiene la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados y la valoración de los medios de prueba que fundamentan dichas conclusiones, requiriendo por su parte el artículo 297 del mismo cuerpo normativo, que la fundamentación de la valoración de la prueba deba permitir la reproducción del razonamiento utilizado para arribar a la conclusiones.

A su vez, entiende el recurrente, que la letra d) del artículo 342 del Código Procesal Penal, exige que el tribunal señale las razones legales y doctrinarias que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias para fundar el fallo; sin embargo el considerando séptimo de la sentencia tiene por acreditado ciertos hechos, sin expresar cuál prueba ni por qué los da por probados. Al efecto, agrega que el considerando octavo de la sentencia, sólo se limita a señalar que el hecho -aún cuando sostiene se trata de varios- ha sido establecido por los antecedentes que expone, para lo cual se establece un resumen de los documentos y de las declaraciones de testigos, pero nunca da cumplimiento con lo exigido por el inciso final del artículo 297 del Código Procesal Penal, por cuanto no expone fundamentación ninguna para permitir conocer el razonamiento empleado para alcanzar las conclusiones. De manera entonces, que el fallo que

por esta vía se impugna, no contiene razonamiento alguno, sino sólo se ha limitado a exponer la prueba rendida, y las conclusiones, sin contener ninguna exposición lógica de razonamiento alguno para arribar a esas conclusiones. Por todo lo cual solicita se anule el juicio realizado y la sentencia y se disponga la realización de uno nuevo en el que se respeten las garantías del imputado.

2°) Que en primer término, debe tenerse presente que el recurso de nulidad es de derecho estricto y procede en virtud de las causales establecidas en forma expresa en la ley y para los fines consagrados en la misma. Por lo tanto, no constituye una instancia que permita revisar los hechos que se han establecido en el juicio, ni tampoco los razonamientos de la sentencia que el recurrente no comparte.

3°) Que la causal que se ha planteado, no resulta ser efectiva, pues de la lectura detenida de la sentencia impugnada se llega inexorablemente a la conclusión que declara, pues en su fundamento séptimo establece los hechos que tuvo por acreditados en virtud de toda la prueba rendida, que analiza, valora y pondera -en el motivo octavo- con libertad, velando no contradecir la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, sin que pueda decirse entonces, que no existe la debida fundamentación.

4°) Que en otras palabras, el juzgador ha dado razones lógicas que se exigen a sus fundamentos y es en esta virtud que ha tenido por acreditados, más allá de toda duda razonable,

adquiriendo plena convicción sobre lo siguiente: 1.- que el acusado Elías Exeni Vallejos entre los años 2005 y 2008 intervino de manera habitual y sistemática en diversas operaciones de tráfico de cannabis sativa que le reportaron ingentes ganancias que a lo menos en dos oportunidades entregó en la casa de cambios YYY ubicada en XXX de Santiago Centro a objeto de obtener divisas. En estas ocasiones estuvo coludido con el administrador y dependientes de la misma, quienes conociendo o no pudiendo menos que conocer el origen ilícito de dichos valores, aceptaron recibirlos sin la correlativa entrega de una boleta o factura; 2.- que los dineros entregados en dicha casa de cambio, constituyeron el producto del tráfico de marihuana prensada de origen paraguayo, que un grupo de sujetos ingresaba regularmente al país proveniente de Argentina y que quedaron suficientemente demostrado el día 24 de agosto de 2007, cuando se detuvo a C. C. H. Lizama, a A. C. V. A. y a L. I. L. H., al ser sorprendidos portando más de seiscientos kilos de cannabis sativa de origen paraguayo, quienes fueron condenados en abril de 2009 como autores del delito de tráfico de drogas, en causa RUC 0700405788-5. Por su parte Elías Exeni Vallejos fue detenido el 10 de abril de 2008, por tráfico de drogas alrededor de ochocientos kilos de cannabis sativa del mismo tipo, en la comuna de Las Condes; 3.- que recaudados los dineros producto de la venta de la droga debían concurrir a la casa de cambios YYY, señalando V. que ello ocurrió varias veces en el año 2007 siguiendo instrucciones de Elías Exeni, siendo atendido por el

administrador T.C., quien le recibió el dinero sin entregar boleta o factura de la transacción, coincidiendo las entregas de dinero a la casa de cambio con los embarques de droga que Luís y Elías traían desde Argentina; 4.- que de este modo las acciones de Elías Exeni así como las de C. H. y A. V., permitieron que el dinero de origen ilícito ingresara al sistema económico financiero como una operación de cambio de divisas, para lo cual se contó con el concurso de los representantes y empleados de la casa de cambio YYY, quienes deliberadamente omitieron los controles fijados por el sistema preventivo de lavado de activos y actuaron como mandatarios o depositarios de los sujetos que cambiaron el dinero de origen ilícito, manteniéndolo en sus dependencias hasta ser retirados por terceros o enviado a sus destinatarios finales.

5°) Que en el fallo objetado, se advierte que fundadamente los jueces fijaron los hechos que se dieron por acreditados, en virtud de toda la prueba que se analiza y valora detalladamente, constando que se realizó una completa relación procesal de los medios probatorios con la situación fáctica asentada, advirtiendo que no se aprecian contradicciones de las declaraciones de los testigos que les quiten consistencia a sus aseveraciones, ya que las razones dadas por cada uno de ellos en el relato de la forma cómo percibieron los hechos, resultan para los jueces del fondo verosímiles, sus asertos congruentes y coherentes, sin vislumbrar un atisbo de que en lo fundamental se aparten de la realidad de cómo ellos,

en sus particulares intervenciones apreciaron los hechos. Es así como el fallo censurado, con los diversos elementos probatorios del proceso, tuvo por acreditado el sustrato material del ilícito objeto de la condena, enunciándose conforme a la tutela del procedimiento, las diversas probanzas, debidamente valoradas, que se produjeron en el juicio oral.

6°) Que no obstante lo ya expresado, el recurso no explica cómo entiende se concreta la causal que alega, solo se limita a relatar en términos generales, en que consiste la norma legal que contempla el vicio que denuncia; además de confrontar el razonamiento del tribunal con el suyo propio; por lo que de aceptar los planteamientos de éste se estaría en presencia de una caracterización del recurso de apelación, cuestión que ha sido desestimada por esta vía. Además, en principio, ha de respetarse la valoración de la prueba realizada por los jueces del fondo, siempre que esta no sea manifiestamente ilógica, absurda, irracional, arbitraria o que conculque principios generales del derecho, sin que esté permitido sustituir la lógica o la sana crítica del juzgador de la instancia por sobre el juicio hermenéutico y subjetivo de la parte, de modo que se requiere acreditar una equivocación clara y evidente en el juicio valorativo del órgano jurisdiccional para acoger este motivo de impugnación; de este modo el recurso de nulidad por esta causal será desestimado.

7°) Que la recurrente ha interpuesto también como fundamento del presente recurso y en forma subsidiaria

de la anterior, la causal contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, la errónea aplicación del derecho, por cuanto sostiene, que la sentencia al entender que el hecho acreditado tipifica la conducta descrita en el artículo 27 letra a) de la Ley N°19.913 vulnera dicha norma como también la del artículo 1° del Código Penal, al calificar como delito, un hecho que la ley no considera tal.

Esta infracción, señala se ha cometido en el considerando noveno del fallo recurrido cuando tipificó la conducta del acusado en la norma ya referida, porque éste al entregar los dineros en la casa de cambio de alguna forma ocultó o simuló el origen ilícito de los mismos y lógicamente a sabiendas que provenían directamente del tráfico de estupefacientes -continúa la sentencia razonando- que dicho conocimiento quedó indubitadamente acreditado por dos factores, la entrega de dinero sin recibir comprobante alguno que diera cuenta de la operación y el hecho que Exeni fuera detenido con un cargamento de drogas y por el cual se halla formalizado.

Alude la recurrente, que el tribunal debe señalar la forma en que Elías Exeni ocultó el origen ilícito de los dineros, no puede expresar que “de alguna forma ocultó”, ello principalmente cuando lo que sostiene es que la entrega de dineros realizada por sujetos a nombre de este se hacía con pleno conocimiento del origen del mismo tanto por parte de quien los entregaba como respecto de quien los recibía. De modo que, en ningún

caso la mera entrega física de dinero a personas puede constituir la conducta de lavado de activo tipificada en la letra a) del artículo 27 de la Ley N°19.913. Tampoco hay objeto material que se pueda atribuir a Elías Exeni, al efecto, señala la recurrente, las conductas de ocultamiento de los dineros las pudieron realizar quienes recibieron los dineros con conocimiento de su origen y los ingresaron al mercado financiero, esto es, los representantes y empleados de la casa de cambio. Finalmente, sostiene que no se acreditó entrega de dineros por parte de la casa de cambio a Elías Exeni, ni el destino de los fondos supuestamente entregados por este o por su cuenta, por todos estos argumentos alega que la sentencia ha incurrido en el vicio que por este intermedio denuncia, solicitando su anulación.

8°) Que el considerando noveno de la sentencia recurrida, luego de expresar que el delito de lavado de activos consiste en un proceso mediante el cual se pretende ocultar o disimular la existencia, fuente o uso de bienes o fondos producto de actividades ilegales, con el único objeto de hacerlos aparecer como legítimos; es decir, mediante estas conductas los bienes de origen delictivo se integran al sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita. Explica también las etapas que el dinero en el proceso de blanqueo suele seguir, con independencia de la complejidad de la operación de que se trate, siendo estas: colocación la que consiste en deshacerse materialmente de las importantes sumas de dinero en efectivo que genera la

actividad ilícita; y enmascaramiento o estratificación, que persigue desligar los dineros ilícitos de su origen, generando para ello un complejo sistema de “amontonamiento” de transacciones financieras destinadas a borrar la huella contable de tales fondos ilícitos.

Aplicando este marco teórico a los hechos de la acusación que se tuvieron por acreditados, los jueces del fondo, tipificaron la conducta de Elías Exeni en la fase de colocación, que a su vez constituye el inicio de la operación de blanqueo, por cuanto es el ingreso de los dineros provenientes de una actividad ilícita a una entidad financiera, y la mayoría de los controles que contempla la legislación se dirigen precisamente a esta etapa con el fin de detectar el lavado. De tal forma que, para el tribunal la conducta del encausado que concurrió a la casa de cambio a dejar dinero, sin comprobante de respaldo, -constituye el verbo rector de ocultar o simular del tipo penal- el origen ilícito del mismo y lógicamente a sabiendas que provenían del ilícito de estupefacientes.

9°) Que para los efectos de analizar la infracción de derecho a que se alude útil resulta destacar que el delito de lavado de activos, tanto en el derecho comparado como en nuestra propia legislación es considerado un delito autónomo, independiente del delito precedente, y así el artículo 27 de la Ley N°19.913 dispone quien “...de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen directa o indirectamente, de la per-

petración....”. de manera entonces que el bien jurídico es distinto sea se trate de tráfico de estupefacientes y /o asociación ilícita donde lo afectado es la salud pública mientras en el lavado de activos lo es el orden socioeconómico.

10°) Que en consecuencia, los jueces del fondo, como quedó plasmado en el considerando noveno en relación con el séptimo y octavo, primero precisan –con los medios de prueba pertinentes– el tipo penal respectivo, en cuanto las conductas y hechos que se acreditaron ejecutó Exeni, claramente constituyen ocultar o disimular el origen ilícitos de los dineros, sin que pueda este hecho establecido en forma legal ser desvirtuado con la infracción de derecho que se invoca, por cuanto el recurso de nulidad se ha establecido para corregir un error de derecho y existirá este error cuando el mandato legal deba cumplirse de determinada manera y el juez la aplica de modo distinto. Es decir, el sentenciador por ignorancia, negligencia u otra circunstancia, hace una aplicación equivocada de la norma que tiene un sentido claro y una aplicación indiscutible, por cuanto los elementos en que se funda este motivo de impugnación como la entrega de dineros por parte de la casa de cambio al encausado como asimismo los destinos de los mismos, no constituyen elementos del tipo, no constituyen exigencias

del mismo, dado como se expresara el delito de que se trata es de naturaleza autónoma e independiente, lo que fluye de la sola lectura de la norma contemplada en la letra a) del artículo 27 de la Ley N°19.913, por lo que solo cabe rechazar la causal de impugnación.

Por lo razonado y de conformidad con lo que disponen los artículos 372, 373, 374, 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad interpuesto por el abogado Juan Eduardo Hernández Faundez, en representación de Elías Exeni Vallejos en contra de la sentencia de fecha trece de diciembre de dos mil once dictada por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago.

Regístrese, comuníquese y devuélvase.

Redacción de la Ministro Suplente Jenny Book Reyes.

Reforma Procesal Penal N°162-2012.

Pronunciada por la **Quinta Sala de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago**, presidida por la Ministra señora Gloria Ana Chevesich Ruiz e integrada por la Ministra (S) señora Jenny Book Reyes y el Abogado Integrante señor David Peralta Anabalón.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE
Y DELITOS VIOLENTOS

APROXIMACIÓN A LA INIMPUTABILIDAD PENAL POR TRASTORNO MENTAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PSICOLOGÍA JURÍDICA

Francisco Maffioletti Celedón^{1,2}

“...No es posible juzgar un delito sin comprenderlo, pero para esto se necesita no sólo conocer los antecedentes de la situación, sino el valor de todos los factores determinantes de la reacción personal; y ésta es la obra psicológica que compete realizar al jurista si quiere merecer tal nombre”.

EMILIO MIRA Y LÓPEZ (1932)

1. Introducción

La capacidad para ser responsable por los actos, incluso cuando éstos constituyen delito, es un presupuesto básico de imputación en una sociedad moderna, y más específicamente de nuestra legislación nacional (Náquira, 1986; Garrido Montt, 1997; Etcheberry, 1998; Cury, 2005; Novoa, 2005³). Al “hombre medio”⁴ se le asume y atribuyen capacidades mínimas de inteligencia y voluntad para desenvolverse socialmente, pudiendo reconocer aquellas conductas que atentan contra la sociedad, las que son consideradas inapropiadas, fuera de la ley, nocivas o derechamente negativas. Al mismo tiempo, de forma concordante con dicha comprensión, se asume que el individuo es capaz de guiar su conducta de forma coherente con su intelección, poseyendo la capacidad para actuar conforme a la posible valoración social de su conducta. De hecho por ejemplo, el Código Penal canadiense de forma explícita parte del supuesto que “toda persona se presume que no sufre de un trastorno mental

- 1 Psicólogo, Subdirector de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 El autor agradece las contribuciones del abogado Edison Carrasco Jiménez, asesor de la misma Unidad Especializada.
- 3 “[...] La imputabilidad del ser humano es la regla, y la inimputabilidad, la excepción”. p. 425.
- 4 Un claro ejemplo de ello lo observamos en la obra cumbre de Adolphe Quetelet titulada *Sur l’homme et le développement de ses facultés* (1935), donde expone su *Teoría del Hombre Medio*, en la cual plantea que “cada grupo social tiene un ideal que lo distingue y lo identifica (el *hombre medio*) en virtud de una serie de características y aptitudes, desde las antropométricas (talla, peso, complexión, etc.), las demográficas (longevidad, morbilidad, tasas de fallecimiento, etc.) hasta las de comportamiento social (delitos, suicidios, duración de matrimonios, etc.)” (Hernández Cid).

con el fin de estar exento de responsabilidad penal en virtud del inciso (1), hasta que se demuestre lo contrario en el cálculo de las probabilidades”⁵.

En los casos en que dichas capacidades normales no se encuentran presentes en determinado sujeto, y éste incurre en conductas contrarias a la ley, la *incapacidad mental* constituye uno de los argumentos que esgrimen las defensas de los imputados en investigaciones o juicios en los cuales se busca determinar la responsabilidad penal de los mismos. Al respecto, argumentar que el imputado sufre determinado trastorno es una cuestión que debe ser probada por su defensa, en cuanto ésta no se presume (inversión de la carga de la prueba). Asimismo, incluso en el caso de que el trastorno mental sea determinado por un perito del Servicio Médico Legal⁶ u otra institución pericial pública, la mera existencia de dicho trastorno *no* conduce necesariamente a una causal de exculpación o exención de la responsabilidad penal del acusado, en cuanto en todos los casos se debe probar la afectación de las capacidades cognitivas y/o volitivas en el sujeto al momento de la comisión del hecho.

Por otra parte, ante la sospecha fundada de que el imputado pudiese haber actuado bajo un estado mental que implicase una afectación de sus capacidades, y que al momento de los hechos las haya interferido, en cualquier momento del procedimiento el fiscal o el juez solicitarán el informe psiquiátrico correspondiente (Art. 458 y ss., CPP). Al respecto Roxin (1997, pp. 837) señala que “(...) la función del perito consiste en mostrar a través del estado psíquico del sujeto si éste fue un destinatario idóneo de la norma. Esta es una cuestión en principio empírica, respecto de la cual la Psiquiatría y la Psicología modernas algo pueden decir”.

La definición de dicho concepto y su extensión comportan un acabado estudio, que dependerá de la realidad jurídica y los sistemas de justicia existentes en cada país. En España, el artículo 20 N°1 del Código Penal señala que son inimputables aquellos sujetos que al momento de cometer la infracción penal presentaban una “anomalía o alteración psíquica”. Exige además que dicha anomalía o alteración psíquica determine o cause impacto en la capacidad para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a dicha comprensión. En ese sentido, se configura un *criterio mixto*, psicopatológico-normativo, que al igual que en el CP Alemán (Art. 20), CP Suizo (Art. 10), CP de los Países Bajos (Art. 37.1), CP Italiano (Art. 88), CP Francés (Art. 122-1), CP Colom-

5 Hucker, S. (2010). “Every person is presumed not to suffer from a mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility by virtue of subsection (1), until the contrary is proved on the balance of probabilities”.

6 Sobre este punto, la Guía Normativa Técnica Pericial de Salud Mental del SML (2010, pp. 11-12), considera como parte integral de la estructura del informe psiquiátrico el pronunciamiento respecto de “la existencia o no de relación entre el estado mental del examinado y los hechos en los cuales está involucrado, dando respuesta a la(s) pregunta(s) médico-legal(es)”.

biano (Art. 33), CP Brasileño (Art. 26), y CP Ecuatoriano (Art. 34), exige la incidencia del trastorno psíquico respecto del hecho típico.

Aun cuando dichos conceptos resultan de algún modo vagos e imprecisos para la psicología y la psiquiatría, se acercan a la forma en que las clasificaciones internacionales (CIE-10 y DSM-IV-R) catalogan los trastornos mentales graves, que podrían implicar una importante merma en la capacidad comprensiva y/o volitiva de los sujetos⁷. Sin perjuicio de ello, hay que tener presente que “(...) la información diagnóstica de tipo longitudinal puede mejorar la toma de decisiones cuando el problema legal concierne al funcionamiento mental de la persona (...)”, y que “el hecho que un individuo cumple criterios del DSM-IV no conlleva implicación alguna respecto al grado de control que pueda tener sobre comportamientos asociados al trastorno. Incluso cuando la falta de control sobre el comportamiento sea uno de los síntomas del trastorno, ello no supone que el individuo diagnosticado como tal sea (o fue) incapaz de controlarse en un momento determinado” (DSM-IV-TR)⁸.

Por su parte, el Código Penal chileno, en su artículo 10 N°1 señala que están exentos de responsabilidad criminal:

1° El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón.

La primera dificultad que se observa en esta definición está dada por la utilización de conceptos que pretenden describir un estado mental de perturbación grave mediante términos utilizados comúnmente por el vulgo para referir a personas psíquicamente insanas. Asimismo, la supuesta concordancia entre las voces “loco” y “demente” genera otra posible discusión acerca de si efectivamente, por el mero hecho de nombrar por medio de dos palabras dicho estado de perturbación, estamos ante la utilización de conceptos sinónimos que se explica por el uso de una conjunción que los equipara; o bien, los términos deben ser comprendidos de forma disyuntiva, apuntado cada uno de ellos a una situación distinta que se pretende abarcar con su mención. De

7 Para los profesores Politoff, Matus y Ramírez (2004, p. 297), el contenido “coloquial” de dichos conceptos no carece de “eficacia expresiva”, en cuanto consideran que no siempre está justificada la contraposición entre la visión popular y las actitudes técnicas hacia una determinada cuestión. Más aún, señalan que inclusive podría constituir una ventaja la utilización de términos amplios y flexibles como los de “loco” o “demente”, en cuanto permiten la inclusión de “otros cuadros morbosos, de carácter durable, que correspondan a los nuevos criterios y avances de la psiquiatría” (p. 299). Por su parte el profesor Cury (2005, p. 414) señala que “en el estado actual de la ciencia, las expresiones *locura* y *demenia* carecen de un contenido preciso... una precisión exagerada podría conducir a soluciones casuísticas y, por lo tanto, inelásticas, que seguramente perjudicarían las finalidades legislativas”.

8 American Psychiatric Association (2003).

hecho, se abordan las posibilidades y consecuencias de esta situación al final del presente artículo.

2. Antecedentes históricos de la relación entre la Psicología y el Derecho

El abordaje del concepto de la imputabilidad penal por trastorno mental, por su naturaleza, requiere para su estudio y comprensión una breve revisión de la relación existente entre la disciplina psicológica y el mundo del derecho, la cual se remonta formalmente a fines del siglo XIX⁹. Sin embargo, retrocediendo aún más en la historia, en el período de la psicología filosófica ya se podía reconocer la influencia de ésta en la génesis de la creación de las leyes, de los códigos de conducta, de las normas sociales o en el establecimiento de patrones de conducta aceptados socialmente, jugando la psicología un papel fundamental a la hora de determinar las características personales y sociales que facilitan o permiten que el apego a la norma “motive” al ciudadano, más que sus propios deseos o necesidades. En otras palabras, no solo podremos reconocer el influjo del estudio de la conducta humana en los mecanismos preventivo/disuasorios de la prevención general negativa (efecto intimidatorio, o “coacción psicológica” para Feuerbach¹⁰), y en la prevención general positiva (efecto integrador), sino que también en la llamada “intimidabilidad”¹¹. En este sentido, aprovechando el concepto en toda su extensión, podríamos plantear que la psicología, desde la metafísica hasta la moderna, constituye un aspecto esencial en la fundamentación de las bases conceptuales y epistemológicas del Derecho, en cuanto regulador de la conducta social de los sujetos.

Cuando se produce un conflicto por parte de un ciudadano con la norma, y por diversos motivos se sospecha de la posible existencia de un trastorno mental, se hace necesaria la participación de profesionales de la salud mental¹² (psicólogos y psiquiatras) para determinar científicamente si efectivamente

9 El hito que funda el nacimiento de la Psicología como disciplina científico-experimental (moderna) es la creación del primer laboratorio de psicología experimental, por Wilhelm Wundt, en la Universidad de Leipzig (Alemania), el año 1879.

10 Todas las infracciones tienen su causa psicológica en la inclinación de los sentidos, en cuanto que la concupiscencia del hombre es la que le impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede neutralizarse siempre que cada uno sepa *que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el desagrado emergente por la insatisfacción de su impulso al hecho* (Feuerbach, 1989).

11 Para Esbec, E. (2000), concepto también utilizado en la valoración de la peligrosidad criminal, ausente en el inadaptado social, y especialmente en el psicópata.

12 Al respecto Cousiño Mac-Iver (1992, p. 92) señala que “si bien es cierto que las diferencias que existen entre la conducta de un perturbado mental y la de un ser normal –admitiendo que existan seres normales– son variadas y profundas, a veces ellas no son perceptibles fácilmente, en especial para el profano, pues tan solo se hacen aparentes por las actitudes del sujeto observado ante el ambiente que lo rodea y el éxito o fracaso de su labor”.

estamos en presencia de un trastorno mental, el tipo de trastorno de que se trata, la gravedad (o entidad) del mismo, las consecuencias en la vida del sujeto, la posible vinculación del trastorno con la comisión del delito estudiado y de otros probables delitos futuros (peligrosidad criminal o riesgo), el pronóstico de recuperabilidad (con y sin intervención especializada), la forma y el grado de cumplimiento de la pena que resulten más adecuados para el imputado (sistema cerrado o abierto, beneficios intrapenitenciarios, etc.), entre otros.

Ahora bien, la principal tarea es intentar establecer el modo en que la Psicología, entendida como el estudio del comportamiento humano y de sus procesos mentales, se vincula al ámbito del Derecho, y de qué forma puede apoyar y coparticipar en la función social de *administrar justicia*.

Para esto, recurriremos a la clasificación realizada por el destacado jurista y psicólogo español Luis Muñoz-Sabaté (1980), quien sin pretender ser exhaustivo, y de forma didáctica, define tres tipos de vinculación entre ambas disciplinas, a saber:

- **Psicología del Derecho:** el mundo del derecho está plagado de conceptos e interpretaciones psicológicas de los actos humanos. Estaríamos hablando de la fundamentación psicológica y social del Derecho.
- **Psicología en el Derecho:** para la formulación e interpretación de las normas jurídicas, es necesario un conocimiento de las leyes psicológicas que regulan los comportamientos de las personas (psicología jurídica).
- **Psicología para el Derecho:** la psicología aquí se convertiría en una ciencia aplicada auxiliar del Derecho, que contribuiría al esclarecimiento de la verdad de los hechos (psicología forense).

En esta definición, Muñoz Sabaté intenta abordar y resumir didácticamente tres tipos de psicología en base a su forma de relación con la disciplina del Derecho; la primera orientada a los fundamentos psicológicos del mismo, la segunda a la comprensión del fenómeno humano ligado a la ley, y la tercera, más operativa y práctica centrada en el aporte concreto a procesos judiciales específicos.

Esta última recibe su apellido debido a que la intervención se produce en el Foro, entendido éste como el lugar donde históricamente, desde la época de los romanos, se juzga un hecho litigioso que requiere para su sentencia de la concurrencia de las partes, y de una persona o representante de algún tipo de autoridad que sancione, de acuerdo a su sana crítica y a los principios generales de la razón.

Ahora bien, respecto a las primeras participaciones de los expertos en Salud Mental como peritos en procesos judiciales, se habrían producido en Gran Bretaña el año 1843, en el conocido proceso Mc’Nagthen, que a su vez da

lugar a la conocida regla del mismo nombre, donde a consecuencia de la intervención del perito que dio cuenta del estado mental del acusado al momento de cometer el delito, y de su (in)capacidad para distinguir el bien del mal, éste fue declarado “no culpable”. Este trabajador británico, quien mató por error a una secretaria cuando intentaba emboscar al primer ministro británico, fue declarado demente, y por tanto, no responsable de sus actos¹³.

Asimismo, a fines de 1900, existen antecedentes del testimonio de peritos en procesos judiciales que han debido dar cuenta de: tiempos de reacción de un sujeto en un caso de accidente automovilístico, la sugestibilidad y error de recuperación de información (memoria) en un caso de homicidio, en un proceso por abuso sexual, el estado mental de imputados al momento de la comisión del delito, etc. Así, está fechada la primera participación de un perito psicólogo forense en una causa penal el año 1896 (Schrenk – Notzing), y en un proceso civil el año 1911 (J. Varendonk).

En los Estados Unidos, en los primeros años de 1900, no fue debidamente acogida la intervención del psicólogo en los tribunales, debido principalmente a la influencia de Wilhem Wundt (padre de la psicología experimental), quien era contrario a la aplicación práctica de la psicología. Demás está señalar que los años no le han dado razón, a quien es considerado uno de los principales precursores de la psicología científica moderna, en cuanto hoy en día la ciencia psicológica se encuentra presente en la mayoría de los ámbitos de acción del Derecho, contribuyendo con sus especiales conocimientos a la toma de decisiones.

En el ámbito académico y científico, podemos reconocer varios esfuerzos destinados a realizar aportes desde la psicología a la mejor comprensión de la personalidad del delincuente; de los factores sociales y contextuales que favorecen o dificultan la cultura criminal; los procesos de victimización y sus consecuencias; el estudio científico del testimonio en imputados, víctimas y testigos; la influencia de los trastornos mentales en la conducta criminal; el efecto de la vida intrapenitenciaria en la personalidad de los internos; entre otros.

Así, los primeros antecedentes los podemos datar el año 1853, cuando M. Cubí publica un trabajo aplicando la frenología¹⁴ al estudio del delincuente; en 1882, G. Ziino publica en italiano la Fisiopatología del Delito; en 1900, Binet escribe acerca de *La Sugestibilidad*; luego siguen numerosas publicaciones en italiano, hasta que el año 1932, Emilio Mira y López publica la primera obra acerca de psicología jurídica en español titulada *Manual de Psicología*

13 Al respecto, parece razonable en estos casos la denominación “no culpable por razón de locura”, o bien, “culpable, pero loco”.

14 Disciplina fundada por el anatomista austriaco Joseph Francis Gall, el año 1832, dedicada al estudio de la mente y el carácter de acuerdo a la forma del cráneo y las funciones localizadas en éste.

*Jurídica*¹⁵; en la cual aborda temas tales como: psicología del delito; motivaciones y tipos delictivos; génesis y evolución de los conceptos derecho, deber, ley y justicia; psicología del testimonio; normas generales de la terapéutica delincencional; estudio y valoración jurídica de las personalidades psicopáticas, entre otras. Por último, cabe destacar la encomiable labor realizada por Mira y López en el desarrollo de la psicología jurídica, ya que aparte de su conocido *Manual*, en el año 1931 inicia las lecciones de Psicología Legal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona; y el año 1934 las lecciones de Psicología Jurídica en la Universidad Autónoma de Barcelona.

Por último, resulta destacable como hito nacional la realización de las Primeras Jornadas de Psicología y Psiquiatría Forense, celebradas en la Pontificia Universidad Católica de Chile, entre el 10 y 11 de enero de 1984, en las cuales destacados juristas y psiquiatras trataron y abordaron el tema de la imputabilidad en el sistema penal chileno¹⁶.

3. Cuestiones generales acerca de la prueba pericial psicológica

Resulta evidente para todos nosotros que una actuación pericial se origina necesariamente a raíz de un requerimiento legal, donde para mejor comprender o apreciar hechos o circunstancias de la causa, el abogado necesita de los conocimientos de disciplinas afines, las cuales no está obligado a conocer. Ahora bien, esta opinión especializada, que es requerida a quien se considera experto en alguna ciencia, arte u oficio (art. 314, CPP), debe necesariamente fijar de forma clara e inequívoca los puntos sobre los cuales la pericia resulta relevante. Así, las conclusiones a las cuales arribe el perito luego de practicada su evaluación, que está definida y acotada por los principios de su propia disciplina, debe ser relevante y pertinente a fin de que el tribunal pueda apoyar con argumentos científicos sus fallos.

Sin perjuicio de la especificidad de la prueba pericial solicitada, y del hecho que esté realizada por personal especialmente calificado (cuestión que se valorará en el mismo juicio oral), el tribunal no está obligado en modo alguno a asumir como propias esas conclusiones, vale decir el informe pericial no será vinculante, dado que también este medio de prueba deberá ser apreciado y valorado con libertad, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados (art. 297 CPP).

Por otra parte, debe considerarse que la evaluación pericial psicológica tiene autonomía en cuanto a su accionar, en la medida en que existen principios que guían, limitan y dan alcance a las posibles conclusiones que de ella se derivan. En este sentido, este conocimiento que aspira a conceptualizar la complejidad

15 Actualmente se encuentra en su sexta edición.

16 Ver: Revista de Ciencias Penales (1982-1986).

del ser humano y de sus conductas, debe ser traducido y materializado en información que sea concordante con lo solicitado, pudiendo distinguirse dos niveles distintos de manejo de la información, la expresada en el informe propiamente tal y la expresada verbalmente por el perito en el juicio oral.

Ahora bien, en lo que respecta a sus conclusiones, el dictamen pericial psicológico no puede contener motivos de duda, interés o de parcialidad. Sobre este punto es importante aclarar que existe una dificultad adicional a la actividad del psicólogo que se desempeña en este ámbito, toda vez que tiene por tarea intentar articular los requerimientos procesales (no de una parte), procurando compatibilizar la verdad psíquica con la verdad jurídica. En este sentido, el dispositivo del actual proceso penal (juicio oral) provee de un espacio de debate de argumentos que permite un complejo razonamiento que opera como productor de la verdad jurídica, base del fallo.

4. El problema de la imputabilidad penal

Una vez que hemos definido el campo de acción del psicólogo forense, el contexto en que opera y la complejidad de la tarea a la cual se encuentra abocado, estamos en condiciones de precisar una de sus intervenciones que, a juicio de Esbec y Delgado (1994, p. 314), constituye "... la esencia, el problema de mayor significación y alcance tanto para la psicología como para la psiquiatría forense". Nos referimos a la valoración psicológica de la imputabilidad penal de los trastornos mentales.

Para ambos autores, este concepto representa un "puente" entre las ciencias de la salud mental y la teoría general del Derecho, toda vez que oímos a psicólogos y psiquiatras hablar de imputabilidad y pena, y por su parte, a juristas que lo hacen sobre trastornos mentales. Sin perjuicio de lo expuesto, esta convergencia disciplinar no va a estar exenta de matices. Primeramente, porque la imputabilidad es un concepto jurídico, y en cuanto tal su valoración legal se encuentra reservada sólo al juzgador; pero, por otra parte, las eximentes o atenuantes de responsabilidad penal van a estar determinadas por la existencia, al momento de la comisión del delito, de un estado mental particular en quien es imputado. Lo paradójico surge entonces de la imposibilidad, por parte del jurista, de "diagnosticar" el estado mental de un sujeto al momento de cometer delito; y por otra, del carácter no-vinculante que tiene esta valoración profesional del psicólogo para el tribunal.

Un claro ejemplo de esta última situación se evidenció públicamente hace un par de años, cuando un prestigioso psiquiatra, además perito de la defensa en dicho caso, abrió una polémica en un conocido periódico nacional señalando "... ¿Con qué autoridad el juez Cerda (al margen de su autorización por la Corte Suprema) puede interrogar y concluir –según su exclusivo criterio– que Pinochet esté en condiciones de ser procesado, careciendo de los conocimientos neuropsiquiátricos indispensables para poder determinarlo? ... me parece

que debiera establecerse con claridad si los peritajes tienen un valor diagnóstico definitivo, o son meras informaciones para la decisión de un magistrado que no posee la idoneidad para tomarla”¹⁷. Cabe señalar al respecto que, desde la ciencia forense, resulta claro y conocido que las conclusiones de un peritaje no son vinculantes, y que en definitiva la valoración de las consecuencias jurídicas de una afectación mental, en un caso particular, es una función privativa del juez o tribunal.

Como se puede observar, sin perjuicio que el ejemplo aborde el tema de la capacidad para ser juzgado, por analogía se hace más que necesario precisar, desde ambas disciplinas, la Psicología y el Derecho, qué es lo que cada una entiende por imputabilidad.

5. La imputabilidad en la doctrina general

a) La doctrina penal chilena

Algunos autores la han definido como la *capacidad de responsabilidad penal* de un sujeto que ha cometido delito. Así, para el profesor Garrido Montt (1997, p. 208) la imputabilidad “corresponde a lo que podría denominarse capacidad penal, que consistiría en la aptitud del sujeto para comprender la trascendencia jurídica de su actuar y de poder determinarse conforme a esa comprensión”.

Cousiño Mac-Iver (1992, p. 87), la concibe como la “aptitud de una persona para distinguir los valores de lo lícito o ilícito y de lo justo o injusto de la conducta singular”, agregando que se trata de un concepto jurídico que sólo con gran laxitud puede ajustarse a su significado lexicográfico.

Siguiendo con las concepciones sobre la determinación de la inimputabilidad, en términos de la necesidad de aplicar una fórmula mixta en su valoración, Politoff, Matus y Ramírez (2004, p. 302) señalan que alude a una enfermedad mental y a las consecuencias de ésta en el sujeto, en cuanto implican la capacidad de éste “para comprender el injusto del hecho y de autodeterminarse conforme a esa comprensión”.

Una definición que difiere de las anteriores, más en la forma que en el fondo, es la dada por el profesor Etcheberry (1998, pp. 278-279), quien señala que la imputabilidad, en derecho penal, sería “la posibilidad de realizar actos culpables”. Continúa manifestando que “en nuestra ley no puede dudarse de la radical diferencia que se hace entre imputables e inimputables, ni como es el concepto clásico de deficiencia de intelecto y voluntad lo que traza la línea divisoria entre unos y otros”.

Para Jaime Náquira (1998, p.18) la imputabilidad es la “capacidad general que permite a una persona *comprender* el injusto—base de su actuar dentro de

17 Sergio Peña y Lillo (2005).

un ámbito jurídico-penal determinado, y sobre la base de dicha comprensión, autodeterminarse conforme a Derecho”.

Por su parte, el profesor Cury (2005, p. 409) define el concepto imputabilidad como “la capacidad de conocer lo injusto del actuar y de determinarse conforme a ese conocimiento”. Asimismo, la explica como la capacidad personal de ser objeto de reproche penal, y consiguientemente como la *capacidad de culpabilidad*, cuestión que en su parecer es una idea generalizada y mayoritaria en la doctrina.

b) Otros autores

Soler (1988) señala que la imputabilidad es el presupuesto subjetivo de la culpabilidad, el cual debe ser examinado previamente, pues para ser culpable es preciso ser antes imputable. Por tanto, considerada como presupuesto ineludible, su falta o inimputabilidad cerraría todo el proceso de averiguación de la culpabilidad (o reproche jurídico-penal) y la imposibilidad de aplicación de la pena.

En este sentido, Vannini, Del Cero y Saulnier (2005) plantean que el sistema penal despliega sus efectos punitivos sólo respecto de quien ha alcanzado determinada edad¹⁸, y no padece graves perturbaciones que le impidan comprender la criminalidad de su acción y dirigir su conducta conforme a dicha comprensión. Seguidamente, agregan que la configuración de la conducta delictiva exige un mínimo de capacidad de autodeterminación, de manera que, cuando falta la capacidad de culpabilidad, el autor puede ciertamente actuar, pero no alcanzar la calidad de culpable, ya que el hecho no se vincula a una acción merecedora de reproche.

Jesús Del Rey Reguillo (2000) define el término imputabilidad como “un concepto jurídico que engloba tanto las facultades intelectivas que permiten a un sujeto determinado la comprensión de la ilicitud de un hecho, es decir, que su actuar es contrario a la norma del derecho; cuanto las facultades volitivas que otorgan a dicho individuo la libertad de elección entre actuar como lo hace o de forma distinta”. En la primera parte de su definición, Del Rey parte definiéndolo como un concepto jurídico, cuestión sobre la cual parece haber acuerdo¹⁹, independientemente de que en su comprensión se requiera del auxilio de los conocimientos emanados de la disciplina psicológica o psiquiátrica.

18 Al respecto, se acaban de cumplir 5 años desde la implementación de la Ley 20.084 que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal.

19 Sin embargo, para algunos autores como Díaz Palos (1965) se trataría de un concepto psiconormativo, en cuanto entiende la imputabilidad como “un concepto psicológico valorizado por el derecho”.

Para Esbec (2000, p. 114) “imputar significa atribuir un hecho al conocimiento y la libre voluntad del agente”. Al respecto señala que existirían dos aspectos a valorar: por una parte, la *capacidad cognitiva* en el imputado, la cual estará dada por la posibilidad de poder reconocer que la conducta a realizar es ilícita o negativa; y, por otra parte, la preservación de la *capacidad volitiva* por parte del sujeto para actuar conforme a dicha comprensión.

6. La imputabilidad en el Código Penal chileno

En nuestro Código Penal, vigente desde 1874, este concepto no aparece definido, por tanto es necesario definirlo legalmente a *contrario sensu* de las causas de exención, atenuación o agravación de la responsabilidad penal, expresadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, a partir de las cuales es posible definir la responsabilidad penal del imputado. Por tanto, pasaremos a revisar qué señalan estos artículos en relación a las características psicológicas del autor del delito, para posteriormente definir el modo en que dichas características pudiesen ser objetivadas.

Como podemos constatar, el Código Penal en los artículos señalados, menciona las circunstancias específicas que se pueden dar de manera contingente a la comisión de un delito, independiente de la tipificación del mismo, y que van a determinar en cada caso particular que el juzgador considere aquellos acontecimientos propios de esa situación. Para dicha valoración, el Código Penal emplea términos que apuntan a un determinado diagnóstico de personalidad, o un estado mental subjetivo en aquel que comete el delito, un nivel de desarrollo cognitivo, el grado de (des)control de impulsos, la existencia de emociones intensas que motiven determinadas conductas, y la alteración del estado de consciencia, entre otras.

Todo lo anterior mediante las siguientes expresiones:

- Loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido (art. 10 N°1 CP).
- El que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón (art. 10 N°1 CP).
- El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño... y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo (art. 10 N°6 CP).
- La falta de provocación suficiente por parte del que se defiende (art. 10 N°4 3ª CP).
- El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable (art. 10 N°9 CP).

- La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación (art. 11 N°5ª CP).

En este sentido, las anteriores valoraciones de diagnóstico o características de personalidad presentes en el imputado, al momento de cometer el delito, necesariamente deben ser realizadas por profesionales expertos (peritos) en el área de la salud mental, existiendo actualmente dos profesiones facultadas para ejercer el diagnóstico de una persona, a saber la Psicología y la Psiquiatría, es de esperar que en ambos casos “forenses”.

En cuanto a la consideración de la enajenación mental en nuestro sistema procesal penal, se puede determinar la necesidad de su estudio en cualquier etapa del procedimiento, desde el inicio de la fase investigativa hasta con posterioridad a la imposición de la pena restrictiva o privativa de libertad, en los casos en que ésta se presentase de forma sobreviniente a una decisión de culpabilidad penal. Por tanto, el Código Procesal Penal contempla que ésta puede decretarse en el curso del procedimiento (art. 458 y art. 465 CPP) o bien durante le ejecución de la sanción (art. 482 CPP). En un caso u otro, nuestro sistema contempla la posibilidad de interrumpir o suspender el curso del procedimiento o el cumplimiento de una condena, cuando un imputado sea considerado *enajenado mental*, con el propósito de estudiar, si viene al caso, la aplicación de medidas de seguridad.

Como se observa, la valoración de la imputabilidad es, y será, un elemento de suma relevancia en un proceso penal donde existan indicios o evidencias que permitan suponer que, al momento de la comisión del delito, el autor del mismo se encontraba en un especial estado que le impedía o dificultaba ser plenamente responsable respecto de sus actos.

De acuerdo a lo señalado, hipotéticamente se podrían dar cuatro combinaciones posibles, que para mayor ilustración pasaremos a analizar:

Caso 1: el sujeto distingue adecuadamente a nivel cognitivo, y guía su conducta conforme a dicha distinción: estaremos ante un plenamente imputable.

Caso 2: el sujeto distingue adecuadamente a nivel cognitivo, pero no tiene la capacidad para adecuar su conducta a su propia visión: estaremos ante una persona que tendría que representar severas dificultades en el control de sus impulsos (ej: el ludópata)²⁰, al punto de llegar en algunos casos a *anularse* su capacidad de guiar su propia conducta (descartando para efectos de la decisión judicial los casos de *actio libera in causa*).

20 Para que esta condición sea validada como una circunstancia atenuante de responsabilidad, el imputado debe haber presentado a lo largo de su historia conductas similares en contenido e intensidad que expliquen, en calidad de antecedentes, la conducta que se está estudiando.

- Caso 3:** el sujeto no distingue adecuadamente a nivel cognitivo, pero ajusta su conducta a lo establecido socialmente. En este caso se habla de adecuar su conducta a lo social o normativo, ya que si se lo considera en relación a su propia visión debemos situarnos en el caso 4, donde ninguno de los dos elementos que forman parte de la capacidad del sujeto se encuentran conservados. En este caso podemos poner como ejemplo la conducta de muchos retardados mentales moderados o graves, y de los débiles orgánicos graves, quienes no tienen una plena capacidad de conceputar y reconocer adecuadamente las distinciones entre lo lícito e ilícito, pero que por lo general adecuan su conducta a los patrones sociales o a lo modelado y exigido por sus cuidadores.
- Caso 4:** el sujeto no distingue adecuadamente a nivel cognitivo, y tampoco guía su conducta conforme a dicha distinción: estaremos ante un plenamente inimputable.

Habría que aclarar que la anterior clasificación sólo tiene fines ilustrativos y gráficos, ya que en la mayoría de los casos existe una interrelación estrecha entre la visión que sustenta un sujeto y su actuar en relación a ella²¹. La verdad es que son pocos los casos donde se ve altamente alterada la capacidad volitiva, al punto de impedirle al sujeto controlar su propia conducta. En este sentido, habría que tener especial cuidado y reticencia ante aquellos imputados que planteen que se vieron llevados por un impulso irresistible, y que éste no sea concordante con otros antecedentes previos, ni tenga una coherencia subjetiva en su accionar antes y después del delito.

En este sentido es relevante hacerse dos preguntas: ¿el imputado podría haber evitado la perpetración de aquella conducta? ¿podría haber actuado conforme a derecho? Si una de las respuestas a estas dos interrogantes es positiva, estamos ante un sujeto que debiera ser responsable de su obrar. De lo contrario, el fiscal solicitará un informe psiquiátrico que permita dilucidar el curso de acción a seguir, o bien será el propio defensor quien intente quebrar esta *presunción simplemente legal*, probando que ello no ha sido así (art. 1, inciso 2°)²²,

21 Al respecto Roxin (1997, p. 837) plantea que “la incapacidad de comprender el injusto del hecho y la incapacidad de actuar conforme a dicha comprensión se entremezclan a menudo y entonces no se pueden distinguir de manera precisa. En definitiva, todo depende de la falta de capacidad de control, que es consecuencia de la falta de capacidad de comprensión, pero también de otras circunstancias y a menudo de la combinación de distintos factores”.

22 Art. 1.° Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley. Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario. El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen.

ya que se asume que siendo el sujeto mayor de edad, la ley lo considera plenamente responsable de sus actos.

Como podemos comprender, el fundamento del juicio de reproche está dado por la universalidad de la atribución que se asume en todo sujeto. Así, esta concepción antropológica del hombre, asumida por el legislador, trae consigo implícita la responsabilidad del mismo en lo que respecta a sus acciones. En este sentido, Esbec (2000, p.114) plantea que “la condición de imputable se presume en todo ser humano y su afectación debe ser probada como el hecho delictivo mismo, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo (español)”.

7. La imputabilidad desde la perspectiva pericial psicológica

Como ya hemos señalado, la evaluación pericial psicológica (o evaluación psicológica forense), dentro de su metodología siempre va a considerar una entrevista forense en profundidad con el evaluado y la aplicación de test psicológicos (psicométricos o proyectivos) orientados a determinar capacidades específicas que sean relevantes para el proceso judicial. En este sentido, aún cuando no sea solicitado explícitamente como parte de la pericia psicológica, de todos modos al perito se le hace necesario manejar una hipótesis diagnóstica del evaluado, a objeto de dirigir mejor la misma entrevista y de poder interpretar los resultados a la luz de dicho diagnóstico.

Este *diagnóstico psicológico*²³ del evaluado, incorpora información relevante y permanente acerca de la personalidad del mismo, así como de características menos estables o situacionales de su funcionamiento. Por ejemplo, podemos estar frente a un sujeto obsesivo que se encuentre atravesando un episodio depresivo; o bien, estar frente a un sujeto histérico, que esté pasando por una fase angustiosa reactiva (elemento contextual como gatillador externo).

En general, todo diagnóstico de personalidad ponderará:

- Los aspectos biográficos básicos de todo sujeto: escolaridad, composición y funcionalidad del grupo familiar, carrera laboral y tipo de trabajo ejecutado, historia sentimental y relaciones de pareja, conducta y reacción ante estresores sociales (muertes, desempleo, imprevistos, etc.).
- La edad del sujeto y las capacidades esperadas o normales en su grupo de referencia. De hecho, el CI es una medida que se determina y calcula sobre este principio.
- La existencia de un adecuado “juicio de realidad” en el evaluado, incluyendo manifestaciones patognomónicas de los cuadros psicóticos tales como las

23 Este se nos presenta como punto de partida para cualquier actuación, entendido éste como un proceso general de identificación y valoración de las características de comportamiento, aptitudes y actitudes o atributos personales de un individuo en un contexto dado.

alucinaciones o los delirios. Este juicio de realidad está íntimamente vinculado a la capacidad del evaluado para juzgar de modo “correcto”, tanto su realidad como la de los demás.

- Las capacidades cognitivas, afectivas, vinculares o relacionales, el nivel de abstracción v/s concretismo.
- La adaptación social, tanto en su aspecto conductual (conducta) como en su aspecto subjetivo (internalización de la norma, los valores y convenciones sociales).
- El control de impulsos, definiendo frente a qué tipo de impulsos es más vulnerable (agresivos o sexuales), la efectividad de este control, la rigidez o flexibilidad en su aplicación, etc.

Como se señaló anteriormente, para determinar estos aspectos de la personalidad del evaluado, y arribar entonces a conclusiones que se encuentren validadas científicamente, el perito psicólogo se valdrá de la aplicación, corrección e interpretación de pruebas psicológicas específicas para cada caso. La controversia de si son o no pruebas que han nacido en el contexto forense, o en el contexto clínico, en algunos casos es una discusión fértil y pertinente; sin embargo, en la mayoría de los casos, la utilidad y adecuación de las pruebas psicológicas va a estar determinada por el enfoque forense que sostenga el perito.

Al respecto, todo perito psicólogo al momento de evaluar pericialmente, independientemente que se trate de imputados, víctimas o testigos, deberá poseer un conocimiento acabado de la mayor información disponible sobre la causa particular, deberá ponderar las posibles *motivaciones* del entrevistado, y deberá considerar que la información voluntariamente aportada por el imputado podría no ser del todo sincera (simulación, fines gananciales objetivos o subjetivos, presiones familiares, inoculación de contenidos, entre otros) o correcta (distorsiones inconscientes involuntarias, alteraciones en el sentido de realidad, etc.).

Sobre este punto, Esbec (2000) propone ciertas directrices generales como *signos de sospecha*, en los casos en que se considere que el evaluado pudiese no estar siendo del todo sincero:

- **Incentivo externo:** el contexto es coercitivo para el examinado. Al respecto debemos agregar que no sólo el contexto pudiese serlo, sino que en todos los casos está contraindicado cualquier tipo de incentivo o beneficios (objetivos o subjetivos) por parte del evaluador al evaluado (Ej.: dulces a cambio de un relato a niños; promesa de futuros beneficios al imputado si colabora, etc.).
- **El cuadro no encaja con la psicopatología habitual:** el cortejo sintomático no corresponde a ningún trastorno mental conocido.

- **Sintomatología estrafalaria:** referido a síntomas o alteraciones de conducta que resultan inconsistentes entre sí.
- **Sobreactuación clínica:** el falso paciente presenta un cuadro clínico muy llamativo, con muchos síntomas, exagerados o muy sofisticados.
- **Cuadro experimentado o conocido por el paciente (*meta-simulación*):** el evaluado ha padecido antes el cuadro que ahora simula, o bien conoce el trastorno mental por su trabajo, familiares o amigos.
- **Personalidad antisocial (*≠ psicopatía*):** se caracteriza por la tendencia a la manipulación y la mentira, donde un elevado nivel de inteligencia está puesto al servicio de sus intereses.
- **Test y escalas:**
 - Escalas de validez que sugieren simulación o exageración:
Ejemplo: índice de Gough (escalas L, F y K) del MMPI-2= superior a 10 – 13.
 - Exageración uniforme: elevación o fracaso en casi todas las escalas.
 - Respuestas aproximadas: el simulador tiende a efectuar respuestas aproximadas a las correctas, las cuales conoce o deduce, implicando un intento de direccionar los resultados.
- **Testimonio o cuadro clínico *inestable, inconsistente o muy estructurado.***
- **Presencia de dudas o contradicciones:** especialmente referidas a características del cuadro o de sus consecuencias que el paciente debiera conocer de primera fuente.
- **Datos narrados no vivenciados:** no se observa implicación emocional del evaluado al verbalizarlos (no correlato emocional = no concordancia ideoafectiva).
- **Alucinaciones auditivas:** el simulador de psicosis (falso paciente) frecuentemente elige cuadros paranoides donde refiere oír voces que le ordenan cometer el hecho delictivo por el cual se le juzga (Ej.: ¡mata a tu cuñado!), constituyendo este cuadro un elemento de sospecha, sobretodo cuando el paciente psicótico con mayor frecuencia trata de evadir estas ordenes alucinatorias.
- **Exhibicionismo del cuadro clínico:** los delirios son inusualmente verbalizados, el paciente resulta fácilmente abordable por parte del explorador.
- **El paciente no busca soluciones:** no solicita ayuda, no se angustia, no intenta salidas alternativas o demuestra rechazo subjetivo al padecimiento.

- **Agotamiento:** para el simulador de un cuadro depresivo, paranoide o maniaco resulta muy difícil sostener ese esfuerzo, no así para quien realmente lo vivencia.
- **Referencias de otras personas:** en lo posible, obtener información complementaria de personas que hayan convivido con el examinado. Ya sea de familiares, amigos, personal de salud que haya estado en contacto, compañeros de trabajo o estudios, etc. (debiendo ponderarse cada una de estas opiniones).
- **Presentación, lenguaje y afectividad:** las respuestas serán más cortas; el tono de voz elevado; excesivos titubeos o grandes pausas para pensar; alto nivel de frases negativas, vagas e irrelevantes; gestualidad ansiosa (rascarse, frotarse) no atribuible al cuadro.
- **Ausencia de sintomatología sutil:** se fingen los síntomas más comunes, debido principalmente a que las menos obvias las desconocen, ya que ni las unas ni las otras las vivencian personalmente.
- **Ausencia de respuestas al tratamiento convencional:** la persona no mejora significativamente o incluso empeora.

Como se deduce de lo anteriormente planteado, los objetivos buscados por el experto en Psicología en el contexto forense, difieren en mucho de los supuestos de la Psicología Clínica, para lo cual se ha diseñado una metodología particular, que se adscribe a la Psicología Forense, y que presenta diferencias sustanciales con el enfoque clínico, en aspectos relevantes como:

- **El setting o encuadre:** en que se lleva a cabo la evaluación psicológica, confidencialidad, secreto profesional, reserva de la información, ausencia de terceros, etc.
- **Los objetivos de ésta:** en el caso de la evaluación pericial la respuesta a una pregunta proveniente del medio jurídico, y no de la propia persona; el fin terapéutico de la intervención en la clínica y el meramente valorativo en el contexto forense.
- **Los fundamentos epistemológicos de la misma:** la aceptación incondicional del otro en la clínica versus la objetividad e imparcialidad del perito; la asunción de lo dicho como una verdad personal o realidad psíquica versus la consideración de la mentira, la sugestibilidad o la simulación en el trabajo pericial; la voluntariedad de la acción, entre otros.

Sin perjuicio de lo anteriormente planteado, el aspecto diagnóstico de la intervención del psicólogo es una cuestión que no se puede dejar de lado en una evaluación pericial psicológica (evaluación psicológica forense), dado que éste es un aspecto fundamental y definitorio de su quehacer, toda vez que la facultad de diagnosticar la personalidad del evaluado es la cualidad que le permite

una adecuada valoración integral del examinado, con todo lo que ello implica. Vale decir, quien sostenga que el diagnóstico debe dejarse de lado está en un profundo error, en la medida en que sólo éste puede proporcionar la riqueza en el análisis que realiza un psicólogo de un individuo. Otra cosa muy distinta, es que esta evaluación diagnóstica (entrevistas, test, etc.) deba adecuarse al contexto legal en la que se inserta, cuestión que dependerá caso a caso del enfoque y los conocimientos específicos del perito evaluador.

8. Consecuencias forenses de los trastornos mentales

Para abordar las implicancias forenses (legales) que podría presentar cada uno de los cuadros definidos, se hacía necesario el recorrido que hemos seguido hasta este punto, aunque si bien se podría haber ahondado en algunos temas, es ineludible que demos paso al objetivo principal del presente artículo, que es abordar la valoración pericial de la imputabilidad penal de los trastornos mentales desde la perspectiva psicológica jurídica y forense.

Al respecto se ha establecido una serie de cuadros psicopatológicos que *pueden llegar a tener injerencia* en la valoración de la imputabilidad en un sujeto acusado de cometer un delito, los cuales con fines didácticos serán divididos de acuerdo a los respectivos artículos del Código Penal. Antes de continuar, y a modo de advertencia, hay que insistir en tres puntos que son relevantes para el análisis que se pretende:

- a. Que la mayoría de los cuadros presentan diversos grados en que se pueden manifestar, yendo desde su forma más leve hasta la más agravada (ej: retraso mental leve al profundo). Siendo otros aspectos a considerar su curso, evolución, permeabilidad al tratamiento (psicológico o farmacológico) y pronóstico.
- b. La mayoría de estos cuadros admiten la comorbilidad (coexistencia) con otros trastornos, lo cual por sí mismo agravaría su implicancia (ej.: trastorno depresivo con síntomas psicóticos).
- c. Debe probarse la vinculación del cuadro o trastorno con la conducta constitutiva de delito, ya que la mera existencia del mismo no posee valor a efectos de su consideración penal (criterio mixto).

Hecha la salvedad, procederemos a señalar los trastornos mentales, extraídos del DSM-IV-TR, que con *mayor probabilidad* pudiesen ser invocados a objeto del estudio de la determinación de la exención de responsabilidad penal del artículo 10 número 1 del Código Penal:

- **Psicosis** en general (clásico *enajenado*),
- **Esquizofrenia** (tipo de psicosis, ej.: esquizofrenia paranoide),

- **Retraso Mental Grave** (CI 20 a 34),
- **Retraso Mental Profundo** (CI menor a 20)²⁴,
- **Trastorno Autista** (trastorno generalizado del desarrollo, cuyo inicio es anterior a los tres años),
- **Trastorno Delirante** (ej: celotípico),
- **Trastorno Psicótico Breve:** en la medida en que anule las capacidades comprensivas y volitivas, y se excluya el trastorno facticio y la simulación,
- **Trastorno Depresivo Mayor** (con síntomas delirantes), y,
- **Trastorno Bipolar:** con episodio depresivo o con episodio maníaco, cuando cursan con síntomas psicóticos (antigua psicosis maniaco-depresiva).

En el caso del Retraso Mental, además de la medición del CI, la Asociación Americana para el Retraso Mental (A.A.M.R., 1992) plantea una nueva definición de Retraso Mental basada en un enfoque multidimensional que permite describir los cambios que se producen a lo largo del tiempo y evaluar las respuestas del individuo a las demandas presentes, a los cambios de entorno y a las intervenciones educativas y terapéuticas. Este nuevo enfoque pretende ampliar la conceptualización del Retraso Mental, evitar depender del C.I. para asignar un nivel de discapacidad y relacionar las necesidades del individuo con niveles de apoyo apropiados. En este sentido, designa una gran importancia a la evaluación de la conducta adaptativa al determinar el nivel del retraso mental, describiendo dos facetas de la conducta adaptativa: a) el grado en el que el individuo es capaz de actuar y de sostenerse independientemente, b) el grado en que cumple de manera satisfactoria las exigencias de responsabilidad personal y social que le impone su medio cultural.

Finalmente, bajo las mismas salvedades y requisitos expuestos con anterioridad, intentaremos definir una serie de trastornos mentales, extraídos del DSM-IV-TR, que con *mayor probabilidad* pudiesen ser invocados a objeto del estudio de la determinación de la atenuación de responsabilidad penal del artículo 11 del Código Penal:

- **Trastorno explosivo intermitente** (deben darse varios episodios para poder diagnosticarlo, no sólo el evento del delito),
- **Trastornos de la personalidad** (paranoide, límitrofe),

24 En el caso de los retrasos mentales leve, moderado, grave y profundo, se debe tener muy presente que el CI constituye un elemento a considerar en el diagnóstico, pero que éste no se debe basar exclusivamente en dicho monto, en cuanto los déficits o alteraciones concurrentes en la *actividad adaptativa actual* constituye un segundo criterio imprescindible para poder diagnosticar a un sujeto con tal trastorno (DSM-IV-TR, p. 47 y siguientes).

- **Abuso de sustancias** (alcohol, alucinógenos, anfetaminas, cannabis, cocaína, inhalantes u otros; siempre y cuando no se intencione dicho estado para cometer el ilícito),
- **Intoxicación debida a sustancias** (excluye la *actio liberae in causa*)²⁵,
- **Trastornos Disociativos Graves** (fuga disociativa, de identidad disociativo),
- **Retraso Mental Moderado** (CI 35 a 49), y
- **Demencias** en sus distintas etiologías.

Mención especial se debe hacer respecto de la “demencia”, caracterizada por “déficit cognoscitivos múltiples que implican un deterioro en la memoria” (DSM-IV-TR, p. 155), en tanto ésta puede presentarse en distintos estadios de evolución (progresiva, estática o en remisión), estar acompañada de otras enfermedades, y deberse a diversas etiologías (causas), las cuales definirán el tipo específico de demencia, entre las que se encuentran: tipo Alzheimer, vascular, debida a enfermedad por VIH, debida a traumatismo craneal, debida a enfermedad de Parkinson, debida a enfermedad de Huntington, debida a enfermedad de Pick, debida a enfermedad de Creutzfeld-Jakob, debida a otras enfermedades médicas, inducida por el consumo persistente de sustancias, debida a múltiples etiologías, y la demencia no especificada.

Por último, de acuerdo a lo señalado en el DSM-IV-TR (p. 175) resulta relevante distinguir las demencias del deterioro cognoscitivo propio del avance de la edad (envejecimiento), y a la vez de los cuadros de simulación y el trastorno facticio, en el cual los síntomas son fingidos o producidos intencionalmente²⁶.

Otros cuadros diagnósticos comúnmente invocados, como trastornos mentales transitorios, y que no tienen la entidad suficiente para constituirse en causal de inimputabilidad son los siguientes²⁷:

Trastornos Disociativos²⁸

Están definidos como una “alteración súbita o gradual, transitoria o crónica en la manera habitual de percibir el ambiente y el sí-mismo a través del compromiso en las funciones de la conciencia, la memoria y la identidad”. Entre sus tipos encontramos:

25 A mayor abundamiento respecto de este punto y el anterior, ver estudio de Anker, Maffioletti, Soto y Manríquez (2006).

26 A mayor abundamiento ver DSM-IV-TR, pp. 575 y ss.

27 Vid., Oficio FN N°286/2010, Instrucción General que imparte criterios de actuación para procedimientos especiales del libro IV del Código Procesal Penal.

28 Definiciones tomadas de la Asociación Americana de Psiquiatría (2003).

Amnesia disociativa: se caracteriza por una incapacidad para recordar información personal importante, generalmente de naturaleza traumática o estresante, que es demasiado amplia para ser explicada por el olvido ordinario.

Fuga disociativa (fuga psicógena): se caracteriza por viajes repentinos e inesperados lejos del hogar o del puesto de trabajo, acompañados de incapacidad para recordar el propio pasado, de confusión acerca de la propia identidad y asunción de otra identidad nueva.

Trastorno de identidad disociativo (personalidad múltiple): se caracteriza por la presencia de uno o más estados de identidad o personalidad que controlan el comportamiento del individuo de modo recurrente, junto a una incapacidad para recordar información personal importante, que es demasiado amplia para ser explicada por el olvido ordinario.

Trastorno de despersonalización: se caracteriza por una sensación persistente y recurrente de distanciamiento de los procesos mentales y del propio cuerpo, junto a la conservación del sentido de la realidad.

Los cuatro diagnósticos planteados precedentemente, si bien implican una afectación del sujeto, que debe darse necesariamente al momento de los hechos, no alcanzan a privar totalmente de razón y de voluntad a quien las padece, sin perjuicio de que, en un caso particular, pudiesen ir acompañadas de otras circunstancias que agraven tal condición. Por otra parte, no es común que un sujeto en tal estado incurra en conductas violentas o sexuales constitutivas de delito.

Trastornos de la Consciencia²⁹

Estado Crepuscular: es un estado confusional parcial, que consiste en un estrechamiento del campo de la consciencia, con disminución de respuestas a estímulos externos y pensamiento enturbiado en grado variable. En estos casos un afecto exaltado tiñe de tal manera el campo del vivenciar que parece que toda la actividad del sujeto se concentrara sólo en aquello que es vivenciado. En general son de duración breve, minutos o días, raramente semanas o meses. Existen estados crepusculares intensos, en donde la fragmentación de la vida psíquica es extrema, aunque habitualmente se considera que los sujetos son “conscientes a medias”.

Obnubilación: término genérico que designa un compromiso de la función de alerta de la consciencia. Bajo éste se agrupan los cuatro trastornos cuantitativos de la consciencia: el embotamiento, la somnolencia, el sopor y el coma. Sólo en el embotamiento es posible que el sujeto

29 Definiciones tomadas principalmente de Caponni (1998) y de Mesa Cid (1999).

desarrolle conductas que impliquen la irrupción de sentidos, emociones, afectos o impulsos. En el estado leve de embotamiento, se observa tendencia pasiva al ocio, cierta despreocupación del ambiente y los sucesos del momento, falta de modulación de las relaciones interpersonales, cierta insustancialidad de la conversación, en la cual sale del paso con “frases hechas”.

Respecto de estos dos cuadros, estado crepuscular y obnubilación, si bien dan cuenta de una alteración de la normal consciencia del sujeto, temporal en este caso, esta limitación por sí misma, en la mayoría de los casos, posee el carácter de parcial, no afectando al momento de los hechos la total capacidad en el imputado, quien preservaría la posibilidad de discriminar entre lo lícito y lo ilícito. Sólo en algunos casos, en concomitancia con otros elementos diagnósticos graves, el estado crepuscular podría implicar una reducción acusada en la capacidad del sujeto para representarse la realidad de forma normal.

Por lo demás, valga para los dos grupos anteriormente referidos, ante la mera existencia de un diagnóstico psicológico / psiquiátrico, presente al momento de los hechos, decretado por un perito, por muy grave que sea, se debe probar que éste afectó de forma grave y total las capacidades del sujeto para comprender la norma y actuar con libertad. A esto es lo que se ha llamado el “criterio mixto”, en cuanto no basta la simple determinación de la afectación de base patológica (locura, demencia, alteración, trastorno), sino que a la vez exige que ésta provoque en el sujeto activo una afectación de las capacidades intelectivas y/o volitivas, en relación a la conducta específica constitutiva de delito.

Por su parte, el consumo de drogas, alcohol y gases, por regla general, según lo sostenido por la jurisprudencia, sólo en algunos casos excepcionales puede configurar una imputabilidad disminuida, y de una manera más excepcional aún, puede constituir una causal de inimputabilidad, en la medida en que sea susceptible de ser considerada su ingesta como fortuita o patológica. La primera se origina cuando el sujeto “no conocía las propiedades alcohólicas de la bebida o droga”, y la segunda se “produce al ingerir pequeñas cantidades de alcohol a causa de un defecto psicológico o fisiológico, temporal o permanente del sujeto”³⁰. En este último caso, la ingesta se debe producir sin que el individuo sepa que padece alguna afección, y por lo tanto, desconoce las consecuencias que puede traer el consumo de drogas, alcohol o gases. Ello en oposición a los casos en que el individuo conoce la afección que padece y acepta la bebida, junto con las consecuencias que puedan derivarse de su ingesta o consumo, situación que pasa a denominarse embriaguez culposa y que descarta la existencia de alguna causal de inimputabilidad. Es claro que las hipótesis de intoxicación fortuita o patológica, se reconducen a situaciones excepcionalísimas de casi nula ocurrencia práctica, y que en la mayoría de los casos sólo podrían dar lugar a una imputabilidad disminuida, en atención a

30 Cury, ob. cit., p. 426.

que, por regla general, sólo limitan las capacidades intelectual-valorativa y/o volitiva.

En estos casos, de intoxicación plena, como en los de trastorno mental transitorio, surge como una exigencia directamente ligada al imputado por el delito, esta es, que al momento en que comenzó el consumo, o se puso en una situación que pudiese alterar gravemente su estado mental, el sujeto debió haber proveído el desenlace de dicha situación o bien las posibles consecuencias de la acción en su propia conducta. De hecho, el Código Penal español, en su art. 20 número 1 párrafo segundo, señala de forma expresa que “el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”. En el mismo sentido, la doctrina internacional de la *actio liberae in causa* pone de manifiesto que efectivamente “el sujeto es inimputable en el momento de realizar la acción u omisión típica y antijurídica, pero no lo era en el momento anterior, cuando se provocó el trastorno mental transitorio” (Morata, 2003) o la intoxicación plena que afectó gravemente su comprensión y voluntad.

9. Formas de presentación de los diagnósticos en juicios orales

Ante la multiplicidad de formas que puede asumir un trastorno, o síntomas del mismo, se decidió abordar cómo se ha llevado a juicio oral algunos cuadros psicopatológicos descritos en el DSM-IV-R y en la CIE-10, de manera de ilustrar la forma correcta, y también las incorrectas, de expresar e interpretar algunos cuadros clínicos en el contexto de un proceso penal.

Llama la atención que en algunos juicios orales profesionales de la Salud Mental, psiquiatras y psicólogos, presenten diagnósticos que no tienen asidero en las clasificaciones nacionales e internacionales, y que desde todo punto de vista representan un *contradictio in terminis*, o lisa y llanamente reflejan la ignorancia y/o imprecisión de quien los presenta. En este punto simplemente reforzaremos la idea de que el trabajo pericial implica el ejercicio ético y responsable de la disciplina, en la medida en que para un perito es una obligación manejar el conocimiento científico actualizado de la ciencia que profesa.

A modo de ejemplo, se reproduce la declaración de un perito en juicio oral para luego comentarla:

Caso ilustrativo N°1

“Los elementos psicopatológicos pesquisables, desde el punto de vista de la psiquiatría forense son varios. Primero, él tiene una capacidad intelectual más bien baja, que podría catalogarse como **retardo mental límite** o un limítrofe en su nivel inferior” (TOP Chillán, veinte de julio de dos mil cinco, causa RUC 0400297100-9).

Lo primero que habría que señalar es que la categoría diagnóstica aludida no existe. De acuerdo a las clasificaciones diagnósticas internacionales, el retardo mental puede presentarse de 5 formas:

Retardo Mental Leve: El retraso mental leve es equivalente en líneas generales a lo que se considera en la categoría pedagógica como “educable” (alrededor del 85% de los casos).

Retardo Mental Moderado: El retraso mental moderado equivale aproximadamente a la categoría pedagógica de “adiestrable” (alrededor del 10% de los casos).

Retardo Mental Grave: Se benefician sólo limitadamente de la enseñanza de materias preacadémicas como la familiaridad con el alfabeto y el cálculo simple, pero pueden dominar ciertas habilidades como el aprendizaje de la lectura global de algunas palabras imprescindibles para la “supervivencia” (3% a 4% de los casos).

Retardo Mental Profundo: La mayoría de los individuos con este diagnóstico presentan una enfermedad neurológica identificada que explica su retraso mental. Algunos de ellos llegan a realizar tareas simples en instituciones protegidas y estrechamente supervisados (1% a 2% de los casos).

Retardo Mental de Gravedad No Especificada: es una categoría que puede utilizarse cuando exista una clara presunción de retraso mental, pero no sea posible verificar la inteligencia del sujeto mediante los tests usuales (p. ej., en individuos excesivamente deficitarios o no cooperadores, o en el caso de los niños pequeños).

En la misma declaración, la perito psiquiatra agrega: “El examen clínico muestra claramente un **trastorno de personalidad esquizotípico**, todos los antecedentes psicopatológicos que fueron referidos son propios de este trastorno de personalidad y que el acto homicida ocurrió en un momento de convulsión emocional bastante intenso, de perturbación psíquica bastante intensa. Los diagnósticos son: un adolescente con un **retardo mental leve** en su nivel superior, tiene también una **psicosis reactiva leve o trastorno mental transitorio completo** que es la terminología que se usa en otros países, en el ámbito forense y, por último, **trastorno esquizotípico de la personalidad** que es un cuadro que tiene su controversia, cierta dificultad en su clasificación, porque para la clasificación americana de enfermedades mentales, corresponde a un trastorno de personalidad; sin embargo, para la clasificación de la OMS

corresponde a una esquizofrenia, a un trastorno esquizofrénico... El tercer punto es que XXX no tiene un trastorno de personalidad antisocial”.

Al respecto, lo primero que habría que destacar es el abuso de las categorías diagnósticas a las cuales llega el perito, al punto que mezcla tres trastornos para intentar definir la personalidad del imputado. El diagnóstico del retardo mental leve (acuérdense que anteriormente ella misma lo llama retardo mental límite), en algún punto es incompatible con un trastorno de personalidad, toda vez que el criterio B del trastorno esquizotípico de personalidad del DSM-IV-R, exige que éste no se dé en el transcurso de una esquizofrenia ni de un trastorno generalizado del desarrollo como podría entenderse el Retardo Mental.

Por otra parte, cuando la sentencia refiere que la perito psiquiatra habría señalado que el trastorno de personalidad esquizotípico del DSM-IV-R corresponde a una Esquizofrenia en la clasificación de la Organización Mundial de la Salud (OMS), debemos aclarar que se está en un error, dado que la misma Clasificación Internacional de las Enfermedades de la OMS, la CIE-10, incorpora en su Categoría F20-29, la “Esquizofrenia, trastorno esquizotípico y trastornos de ideas delirantes”. En dicho apartado, el trastorno esquizotípico señala en sus criterios para el diagnóstico que “deben estar presentes de una manera continuada o episódica durante al menos dos años, tres o cuatro de los rasgos característicos enumerados más arriba. Además, el enfermo nunca habrá reunido las pautas para un diagnóstico de esquizofrenia. Unos antecedentes de esquizofrenia en familiares de primer grado es un apoyo adicional para el diagnóstico, aunque no es un requisito necesario”, por tanto resulta preocupante lo dicho en audiencia de juicio oral, y que el Tribunal reproduce posteriormente en su sentencia.

Siguiendo el análisis con los múltiples diagnósticos que son susceptibles de ser esgrimidos en alegaciones de inimputabilidad, se ha pretendido mediante un ejemplo ilustrar cómo, en un caso llevado a juicio oral, el perito psicólogo o psiquiatra incorpora un número indescriptible e innecesario de diagnósticos o características de personalidad del imputado, que finalmente por su abundancia terminan por acreditar que el sujeto acusado no se encuentra mentalmente sano, sin poder precisar de forma adecuada qué tipo de patología o trastorno padece, y menos aún cuál de ellos ha sido gravitante a la hora de decidir sobre su inimputabilidad. En la ocasión, el TOP resolvió absolver al imputado como autor del delito de parricidio, determinando al mismo tiempo la aplicación de la medida de seguridad de internación en el Hospital Psiquiátrico Dr. Philippe Pinel, de Putaendo, Servicio de Salud de Aconcagua, por el lapso de cuatro años.

Caso ilustrativo N°2

Pericias de la Fiscalía

PERITO PSIQUIATRA N°1

- Es posible plantear la presencia de un cuadro psicótico, con características maniformes.
- Que estaba cursando en ese momento un episodio psicótico, los que suelen cursar con alucinaciones o delirios o alteraciones conductuales o del juicio de realidad. En el imputado lo más destacado era su alteración conductual, comportamiento bizarro y su disminuida capacidad para hacer un correcto juicio de las cosas que estaban ocurriendo en el medio, ni de los antecedentes que estaba entregando.
- En cuanto a la capacidad de comprender la ilicitud de ese actuar, dice que el acusado es capaz de comprender que mató a su hermano, que eso es un delito, pero da la impresión que no es capaz de hacer un juicio real o tomarle el peso a lo que hizo.
- Dice que en cuanto a los términos de loco o demente,... lo que a él le tocó ver fue un cuadro psicótico, algo más agudo.

PERITO PSIQUIATRA N°2

- Deterioro atribuible a su condición por el daño neurológico, pero no a tal nivel que comprometiera su capacidad de enjuiciar la situación de entrevista o darse cuenta de ello.
- No habrían alteraciones del pensamiento o del estado de ánimo.
- No presentaba ningún cuadro específico más que sus secuelas orgánicas cerebrales, atribuibles al tec.
- No existía ningún cuadro psicopatológico o psiquiátrico evidenciable.
- No encontró rasgos en él de algún tipo de psicosis.

Pericias de la Defensa

PERITO PSIQUIATRA

- Episodio sicótico crónico, que no varía en el tiempo.
- Al momento de los hechos estaba deteriorado desde la perspectiva orgánica.
- Enfermo mental con un episodio sicótico concreto.

- Los rasgos paranoideos pueden significar que una persona se sienta amenazada permanentemente, aún cuando no sea.

PERITO PSICÓLOGO

- Su juicio de la realidad se encontraba notoriamente disminuido.
- Que para diagnosticar un cuadro psicótico, deben constituirse signos bien claros, por lo menos al momento de la entrevista no presentaba este cuadro, a pesar de existir ciertos signos.
- Dice que al momento del examen, observó algunos rasgos de personalidad psicótica, que es la que pierde el contacto con la realidad. Es un retrasado mental y al momento del delito era un retrasado mental, con el agregado del alcohol.

Como se puede observar, ante tal cantidad y cualidad de apelativos y valoraciones impuestas a un imputado por los referidos peritos, al tribunal se le hace más difícil sustentar una participación culpable del mismo, allanándose la vía para absolver al imputado apoyado en los referidos peritajes; aun cuando un psiquiatra de la fiscalía habría sido muy claro al señalar que no evidenciaba signos o síntomas de un cuadro psicótico en el imputado.

Al respecto, consideramos que, en los casos en que un fiscal se enfrente a un juicio oral donde el tema de la imputabilidad del acusado pueda ser un punto controversial, y además se cuente con informes psicológicos o psiquiátricos de la defensa, es sumamente relevante el que se haga asesorar por psicólogos con experiencia en evaluación pericial y psicopatología, con el fin de que éste le pueda apoyar acerca de la adecuación de los informes y de las conclusiones de los mismos.

Desde una perspectiva crítica y constructiva, resulta ilustrativo lo que se ha podido observar en algunos juicios orales, que los peritos psicólogos y psiquiatras:

- emiten juicios desde su ámbito particular de experticia;
- han forzado un diagnóstico del imputado;
- han relativizado ciertas características de personalidad;
- se han agregado diagnósticos que no resultan relevantes para entender el caso;
- se han limitado a realizar un diagnóstico clínico, sin vincularlos al ámbito forense;
- no han establecido adecuadamente el vínculo “necesario y directo” entre el diagnóstico o cuadro y el delito cometido;

- no han definido los efectos de la alteración mental en las capacidades del imputado, limitándose simplemente a nombrar una serie de alteraciones mentales;
- han calificado la inimputabilidad de un sujeto (función privativa del tribunal).

El objetivo del presente apartado ha sido ilustrar cómo se han presentado algunas categorías psicopatológicas en los alegatos de juicios orales por delitos violentos. Ahora, si bien en la mayoría de los casos, por la naturaleza y consecuencias de las alteraciones mentales esgrimidas, resulta necesaria y pertinente la aplicación de medidas de seguridad, las cuales, por su complejidad, constituyen un tema que se ha decidido no abordar en el presente texto. En este sentido, sólo quisiéramos hacer una escueta mención a que las referidas medidas de seguridad, en base a lo observado, es necesario aclarar que tienen un propósito muy distinto a la pena, a saber asegurar la integridad del propio sujeto como la de los demás miembros de la sociedad.

Tal como expresa la siguiente sentencia TOP que “citando el texto Manual del Nuevo Procedimiento Penal del profesor Sabas Chahuán Sarrás *‘las medidas de seguridad constituyen una irrupción en los derechos de la persona que, sin ser penas propiamente tales, tienen como objetivo el aseguramiento de ella. Entre otros fundamentos, quizás si el más contundente es que resulta injusto castigar a un sujeto que no es responsable del delito cometido’*.”

De manera que, para que se justifique la aplicación de una medida de seguridad, particularmente la de internación en un centro psiquiátrico, que evidentemente constituye una auténtica y severa restricción de la libertad personal, no basta que un imputado -declarado enajenado mental- haya realizado un hecho típico y antijurídico, es menester a la luz del artículo 455 del Código Procesal Penal, que existan antecedentes calificados a partir de los cuales se pudiere presumir que éste atentará contra sí mismo o contra otras personas.

Lo anterior por cuanto expresamente el artículo 481 del Código Procesal Penal establece que “las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias y en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en su fallo”.

Lo anterior encuentra su justificación en principios básicos del derecho penal contemporáneo, como la necesidad y proporcionalidad que debe existir en la aplicación de una medida que tiene una naturaleza jurídica distinta a la pena, desde que “su fundamento es la peligrosidad de un sujeto exteriorizada en la comisión de un hecho típico y antijurídico” (Horvitz y López, 2004)” (Sentencia TOP Antofagasta, de fecha 29 de abril de 2005, RUC N°0300038851-2).

Ahora bien, respecto de los casos donde el factor del diagnóstico psicológico/psiquiátrico juega un papel determinante en la valoración de la imputabilidad del sujeto, la regla general que debe prevalecer es que la mera existencia de un diagnóstico o alteración mental no trae necesariamente como consecuencia la aplicación de una causal de abolición o atenuación de la responsabilidad criminal, sino que debe estudiarse *caso a caso*, el efecto de esa patología en los hechos que se están investigando.

En este sentido, luego de constatar que efectivamente el imputado por un delito presenta una alteración o trastorno mental, lo que primero debe preguntarse el fiscal, y el perito que evalúa, es si es posible establecer si dicho trastorno se encontraba presente en el sujeto al momento de la comisión del hecho constitutivo de delito. Sólo luego de ello, estamos en condiciones de preguntarnos si este trastorno representa una afectación particular que se vincule con el delito investigado, y el grado en que dicha patología pudiese afectar la capacidad intelectual-valorativa (cognitiva) y volitiva del sujeto.

Sin perjuicio de las consideraciones anteriormente señaladas, y de obedecer la valoración pericial de la imputabilidad a un estudio serio, concienzudo y riguroso de las características mentales del imputado en relación a las especiales circunstancias del delito, el dictamen pericial del psicólogo/psiquiatra no resulta vinculante de la opinión que se puedan formar los jueces del Tribunal Oral en lo Penal respecto de la imputabilidad del sujeto en cuestión.

Lo dicho, no sólo porque el Tribunal apreciará con libertad la prueba rendida, y la valorará en virtud de las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y del conocimiento científicamente afianzado, sino porque la valoración que realiza el perito debe ser sobre las capacidades mentales del imputado al momento de la ocurrencia del delito, y sus posibles consecuencias en su conducta y/o apreciación del hecho, y no en las consecuencias jurídico-penales de dichos juicios periciales profesionales, labor que le compete de forma exclusiva al propio Tribunal.

Para finalizar, es importante hacer presente que en virtud de la interpretación que se le ha dado a la expresión “voluntaria” del inciso 2^{do} del artículo 1 del C.P., como referente a la culpabilidad, es dable presumir que un sujeto es imputable, tiene conciencia de la antijuricidad, y actúa dentro de un contexto situacional normal. Lo anterior, no vulnera el artículo 19, N°3, inciso 6^{to} de la C.P.R., en atención a que dicha disposición impide presumir de derecho la responsabilidad penal, pero no efectuar presunciones simplemente legales, máxime si estas presentan un correlato con la realidad.

Discusión

El abordaje de la imputabilidad desde el punto de vista pericial y psicológico no deja de representar problemas a la hora de intentar una definición amplia

del mismo, de definir criterios para su comprensión, de pretender proponer métodos para su evaluación y de aventurar sus posibles consecuencias a nivel procesal. En este sentido, la tarea emprendida ha implicado un esfuerzo orientado a aproximarnos a dicho fin, sin que por ello creamos que hemos llegado a puerto. Es más, ya desde el título del presente trabajo hemos sido cautos en sostener esta “aproximación”, sabiendo que la temática abordada es compleja y requiere de una respuesta multidisciplinar en la búsqueda de las luces que puedan orientar hacia su comprensión.

Hemos de insistir, una vez más, a riesgo de parecer reiterativos, en que la valoración de la imputabilidad de un sujeto acusado de cometer delito es una tarea obligatoria para el sistema judicial, más aún cuando existen elementos dentro del proceso que así lo ameritan o exigen. Por tanto, dado que el principio de objetividad guía la acción de los fiscales en la investigación de los delitos, éste sugiere considerar el estado mental del evaluado al momento de la comisión del delito, sobretodo en los casos evidentes; y, por otra parte, como representantes de los intereses del imputado, le corresponde a la Defensoría Penal Pública la responsabilidad de hacer valer el estudio de la imputabilidad en los casos en que se halle justificado.

No podemos dejar de mencionar que este estudio de la imputabilidad, más allá de los lineamientos generales que se sugieren, y considerando la particularidad y complejidad de la mayoría de los delitos violentos, **debe realizarse caso a caso**, no siendo factible ni apropiado que se establezcan criterios a priori, ni jurisprudenciales ni psicológicos, para determinar si un sujeto ha actuado en pleno uso de sus facultades, si se ha aprovechado de ciertas circunstancias facilitadoras de la comisión del ilícito, si buscando dichos fines se ha procurado un estado mental alterado que lo libere de responsabilidad, o si el estado mental o trastorno referido ha tenido injerencia en la conducta estudiada.

Prueba de lo anterior, es que el propio legislador ha evitado activamente que los mismos artículos aludidos, referidos a las causales de exención, atenuación o agravación de la responsabilidad penal sean interpretados de un modo lineal y directo. Para ello, se ha valido de condicionantes y salvedades que impiden o disminuyen el error de atribución a un caso cuando no se cuenta con todos los elementos para definirlo de tal o cual manera, agregando así advertencias en frases tales como: “...a no ser que haya actuado en intervalo lúcido...”, “...privado *totalmente* de razón...”, y “... siempre que concurren las circunstancias siguientes...”. Demás está señalar que estas consideraciones tienen un único propósito, a saber, aplicar con justicia y rigurosidad todas aquellas circunstancias (de causa endógena o exógena) que por algún motivo hayan impedido al sujeto actuar de un modo libre y soberano, y le imposibilitaran asumir una acción distinta de la presentada (exigibilidad de la conducta).

Conscientes de lo mucho que queda por andar y discutir sobre estos temas tan contingentes en la práctica cotidiana, tanto de los jueces, fiscales, defensores

y peritos, esperamos haber aportado algunos elementos a la discusión sobre la imputabilidad penal por trastorno mental del adulto. En cuanto a la consideración y discusión de ésta en el contexto de la ley que define el sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, estas preguntas que nos formulamos podrían adquirir nuevas formas, y probablemente nos surgirán nuevas interrogantes.

Esperamos haber aportado, aunque sea de forma exigua, a la comprensión de los posibles vínculos entre las patologías o trastornos mentales y las consecuencias jurídicas de estas en el proceso penal.

Bibliografía citada

- Adolphe Quetelet (1935). *Sur l'homme et le développement de ses facultés: essai de physique sociale*. 2 volumes. Paris: Bachelier Imprimeur-Libraire.
- American Psychiatric Association (2003). *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM-IV-TR*. Barcelona: Editorial Masson. P. Xxxi
- Anker, C., Maffioletti, F., Soto, F. & Manríquez, D. (2006). Trastornos por consumo de alcohol y delitos contra la vida en el actual sistema procesal penal. En: *Cuarto Congreso Nacional de Investigación sobre Violencia y Delincuencia*. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile y Fundación Paz Ciudadana, pp. 239-261.
- Asociación Americana para el Retraso Mental (1992). *Manual de Clasificación y Diagnóstico de Retraso Mental*, novena edición.
- Caponni, R. (1998). *Psicopatología y Semiología Psiquiátrica*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- Código Penal (2012). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Código Procesal Penal (2012). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Cousiño Mac-Iver, L. (1992). *Derecho Penal Chileno, Parte General*, Tomo III. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 87 y 92.
- Cury, E. (2005). *Derecho Penal, Parte General*, séptima edición. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, pp. 409, 414 y 426.
- Chahuán Sarrás, S. (2007). *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. Quinta edición. Santiago de Chile: Editorial Lexis Nexis.

- Del Rey Reguillo, J. (2000). Monografía Retraso Mental. Documento de trabajo presentado en el Master en Psicología Clínica, Legal y Forense. España: Universidad Complutense de Madrid.
- Díaz Palos, F. (1965). Teoría general de la imputabilidad. Barcelona: Ed. Bosch.
- Etcheberry, A. (1998). Derecho Penal, Tomo I, Parte General. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 278-279.
- Esbec, Enrique (2000). El psicólogo forense en el proceso penal. En: Esbec, E. & Gómez-Jarabo, G. Psicología forense y tratamiento jurídico-legal de la discapacidad. Madrid: Editorial Edisofer, S.L. p. 114.
- Esbec, E. & Delgado, S. (1994). Imputabilidad: concepto y perspectivas. La imputabilidad de los trastornos mentales. En: Delgado, S.; Esbec, E.; Rodríguez, F. & González de Rivera, J.L. Psiquiatría Legal y Forense, Tomo I. Madrid: Editorial Colex. Capítulo 14, pp. 317 a 362.
- Feuerbach, P. (1989). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Garrido Montt (1997). Derecho Penal, Parte General, Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 208.
- Hernández Cid, J.R. Adolphe Quetelet, un precursor de las matemáticas aplicadas en las Ciencias Sociales. https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:6LomPm46yOcJ:laberintos.itam.mx/PDF/num4/110+&hl=es&gl=cl&pid=bl&srcid=ADGEEShM7FertGWOor8tvZAIwSGGuHEjklqPnUhp0qV4HlhdRt3rRwDBE7p9KhnaXxY1IwUHR_eeiLAgeN9wxwTh-JRbD8Gi2BLfScocoLe1M8wVIb_CPNu5EAi3GD7rZKf3jKJZJNQ&sig=AHIEtbS9eEHHBd_5gRpaJHB1DadOSBza3A&pli=1
- Horvitz, M. I. & López, J. (2004). Derecho Procesal Chileno, Tomo II, p. 595.
- Hucker, S. (2010). Criminal Responsibility. En: <http://www.forensicpsychiatry.ca/crimrespon/overview.htm>
- Mesa Cid, P. (1999). Fundamentos de Psicopatología General. Madrid: Ediciones Pirámide.
- Mira y López, E. (1980). Manual de Psicología Jurídica. Sexta edición. Buenos Aires: Editorial Librería El Ateneo.
- Morata, J. (2003). Peritaje del inculpado (I). Revista Psicojuris. Instituto de Psicología Legal y Forense. <http://www.altamirapsicologos.com/peritajes.htm>

- Muñoz Sabaté, L. (1980). En: Bayés, R., Muñoz Sabaté, L., y Munné, F. Introducción a la Psicología Jurídica, Editorial Trillas. México.
- Náquira, J. (1998). Derecho Penal. Teoría del Delito. Santiago de Chile: Editorial Mc Grawhill, p. 61.
- Novoa, E. (2005). Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 425.
- Oficio FN N°286/2010, 31 de mayo de 2010. Instrucción General que imparte criterios de actuación para procedimientos especiales del libro IV del Código Procesal Penal. Ministerio Público de Chile. www.fiscaliadechile.cl
- Organización Mundial de la Salud (2012). Clasificación Internacional de las Enfermedades, CIE-10. <http://www.who.int/es/>
- Peña y Lillo, S. (2005). Entrevista en el Diario El Mercurio (4 de diciembre de 2005). <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={47284e08-5146-4624-a9d7-187f3363875a}>
- Politoff, Matus, J.P. & Ramírez, M.C. (2004). Lecciones de Derecho Penal, Parte General, segunda edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 297, 299, 302.
- Ley 20.084 (2012). Que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Revista de Ciencias Penales (1982-1986). Tomo XXXVIII. Santiago de Chile: Instituto de Ciencias Penales, pp. 5-76.
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, p. 837.
- Servicio Médico Legal (2010). Guía Normativa Técnica Pericial de Salud Mental en Áreas de Psiquiatría y Psicología Médico Legal. Ministerio de Justicia: Santiago de Chile, pp. 11-12.
- Soler, S. (1988). Tratado de Derecho Penal Argentino. Cuarta edición. Buenos Aires: Editorial TEA.
- Vannini, F.; Del Cero, M. & Saulnier, A. (2005). Imputabilidad disminuida. En: Revista electrónica Derecho Penal Online [en línea]. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA QUE RECHAZA RECURSO DE NULIDAD DE LA DEFENSA, PERMITIENDO LA INCORPORACIÓN DE PRUEBA NUEVA

Rodrigo Fernández Moraga¹

Resumen:

La Excelentísima Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la Defensa del condenado por el delito de homicidio, fundado en una supuesta infracción al derecho a la defensa, toda vez que el Tribunal Oral de Temuco, conociendo el juicio, admitió—precedido de debate— como prueba nueva, conforme al artículo 336 inciso 1° del Código Procesal Penal (en adelante CPP), una pericia de ADN con la que no se contó sino hasta el día previo a la audiencia de juicio.

1. Antecedentes generales

Especial interés representa la institución procesal de la *prueba nueva*, debido al exiguo trato de la doctrina en la materia. De ahí nace la necesidad de relevar y comentar el presente fallo y, con ello, destacar por una parte los requisitos necesarios para que concurra, plantear la diferencia entre objeto periciado y resultado de la pericia asimismo reflexionar sobre el plazo de investigación y cierre.

Con fecha 24 de abril del 2012 la Defensoría Penal Pública dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria dictada por la segunda sala del Tribunal Oral de Temuco de fecha catorce de abril del 2012, en causa RUC 1100720500-9, que estuvo por condenar al acusado como autor de un delito de homicidio, fundando su pretensión recursiva, en que el Tribunal Oral no debió admitir como *prueba nueva* la incorporación de un informe de ADN respecto de una mancha de sangre recogida del zapato del acusado, pues no se darían los presupuestos del Artículo 336 Inc. 1° del CPP.

Encontrándose pendiente el resultado de tal pericia de ADN, situación que se encontraba en conocimiento de la defensa, es importante consignar la siguiente secuencia de fechas:

El 22 de diciembre del 2011, Ministerio Público solicita la realización de peritaje de ADN.

El 2 de enero del 2012, la defensa apercibe de cierre al Ministerio Público.

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

El 15 de febrero de 2012, se lleva a efecto audiencia de preparación de juicio oral.

El 3 de abril de 2012, el Ministerio Público recibe pericia de ADN N°D-1733/11.

El 9 de abril de 2012, se realiza el juicio oral ante el T. Oral en lo Penal de Temuco.

La segunda sala del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, conociendo este juicio, en que se imputaba la autoría del acusado, debió zanjar una discusión procesal en torno a recibir o no la *prueba nueva* ofrecida por el Ministerio Público, que consistía en la pericia de ADN en comento.

El Ministerio Público argumentó en estrados que el peritaje fue requerido antes del cierre de la investigación y el resultado de la pericia se recibió con posterioridad a la audiencia de preparación de juicio oral, a seis días de iniciar el juicio oral. Así las cosas, se trataba de una prueba que no existía al momento de cerrar la investigación, ni a la fecha de preparación del juicio oral.

La defensa, por su parte, sostuvo que la existencia del material remitido a pericia estuvo siempre en conocimiento del Ministerio Público.

El Ministerio Público complementó señalando que la defensa a sabiendas que el resultado se encontraba pendiente, apercibió para el cierre de la investigación.

Finalmente, el Tribunal Oral, precedido de debate, aceptó la incorporación de la pericia, previniendo al Ministerio Público que esta inclusión era *sin perjuicio del valor que se le asignara en la sentencia definitiva*.

Luego de recibida toda la prueba, incluida la pericia de ADN, el tribunal llegó a convicción de condena más allá de toda duda razonable respecto del acusado, sancionándolo en definitiva a una pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales y las costas del proceso.

Al momento de valorar el peritaje de ADN, el considerando octavo del fallo del Tribunal Oral hace presente que “...*tiene especial relevancia la relación de sangre humana de la víctima con las muestras de manchas pardo rojiza recogidas en uno de los zapatos del acusado y que según da cuenta el peritaje de ADN practicado en el S.M.L. proceden de la misma fuente biológica con una probabilidad de 99.999...%*” del mismo modo agrega el sentenciador que dicha prueba se complementa con otras, entre las que destaca el peritaje huellográfico, que permite al tribunal determinar, “*sin lugar a dudas, que el imputado se encontraba con el occiso cuando este fue herido de muerte*”. Además de lo anterior da fuerza a los hechos probados el testimonio de Enrique Ramírez Morales, versión reafirmada por el funcionario policial Ricardo Muñoz.

2. Fundamento del recurso de nulidad

La parte recurrente funda su pretensión únicamente en el literal a) del artículo 373 del CPP, denunciándose como disposiciones legales infringidas, las de los artículos 5 inciso 2° y 19 N°3 incisos 2° y 5° de la Constitución Política; 8.2 letra c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.3 letra b) del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1, 8, 93 y 366 del CPP.

Sostiene en sus argumentos, que se infringe el debido proceso, en cuanto al derecho a defensa, en sus expresiones de *resguardar la igualdad de armas y la exclusión de la sorpresa procesal*, pues no se trataría de prueba nueva conforme al inciso 1° del artículo 336 del CPP, porque corresponde a un elemento de cargo conocido desde su origen, que no fue ordenado a tiempo.

El recurso no trepida en tratar de negligente el actuar del Ministerio Público, señalando que *generó una prueba de cargo, fuera de plazo legal y aprovechándose de su propia negligencia*.

3. Resolución de la Corte Suprema²

De modo central, destacamos que el máximo tribunal reconoce que por antonomasia en la institución de la prueba nueva, la sorpresa es un elemento inalienable, pero con ello no se vulnera *per se* la garantía constitucional del debido proceso, sino que observando la finalidad ulterior de obtener la decisiones judiciales más informadas, en *situaciones extremas*, como lo menciona el fallo, mantenga el interviniente la posibilidad de producirla, sin perjuicio de la evaluación específica que de la prueba se haga en la parte decisoria del fallo.

El Máximo Tribunal señaló que el artículo 336 inciso primero del CPP, establece una excepción a la regla general en materia de prueba, que ella existe puesto que *“subsiste la necesidad de cubrir situaciones extremas en que puede ocurrir que pruebas importantes para la resolución de un asunto –tanto como prueba de cargo, como prueba de la defensa– no haya podido ser incorporada oportunamente”*³.

Reconoce que concurren en la especie los presupuestos requeridos para que exista *prueba nueva*. De otro lado se plantea el carácter *sustancial* de la infracción, arribando a la conclusión que en la especie *no es sustancial*, toda vez que otros elementos de prueba fueron considerados al momento de condenar, luego suprimiendo hipotéticamente la existencia de la mentada pericia, se habría arribado igualmente a conclusión de condena.

En voto de minoría se plantean los ministros señores Brito y Dolmestch, señalando que la pericia de ADN no satisface los requerimientos de la

2 2012_CS_Rol 3741-12.

3 Considerando cuarto, párrafo 2, del Fallo CS_Rol 3741-12.

institución procesal *prueba nueva*, destacando que es irrelevante si el objeto periciado estuvo o no en conocimiento de la defensa, puesto que la prueba queda fijada en la audiencia de preparación de juicio.

Reconocen que el artículo 336 Inc. 1° CPP establece una situación excepcional, que autoriza la restricción de derechos y como tal, debe ser interpretada de modo restrictivo, conforme lo exige el artículo 5 del CPP.

Estos votos, al momento de revisar la sustancialidad de la infracción, señalan que si bien los jueces del grado se apoyaron en otros elementos probatorios, el nivel de certezas que otorga esta pericia es categórico, por lo que tiene una mayor injerencia en la decisión de los jueces, en dicho sentido es elevada a nivel de sustancial.

4. Consideraciones sobre la resolución de la Corte Suprema

De modo previo cabría señalar que la procedencia del recurso, fundado en el 373 letra a) CPP efectivamente es competencia de la Corte Suprema, pero en razón del fundamento de fondo esgrimido por el recurrente para invocar la causal de la letra a) del artículo 373 antes mencionada, que se refiere a una supuesta infracción a la posibilidad de que se haya impedido al defensor ejercer las facultades que la ley le otorga; y, aun cuando se la ha mencionado como constitutiva de infracción de garantías constitucionales, ella podría configurar la causal de nulidad absoluta prevista en la letra c) del artículo 374 del Código Procesal Penal, esto es, cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga, por lo que la Corte Suprema pudo, conforme al artículo 383 Inc. 3° letra a) del CPP, remitir los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva, como lo ha zanjado en otras oportunidades⁴.

Superado lo anterior y asumiendo el excelentísimo tribunal la competencia para conocer de él, debemos reconocer que, como lo exige el artículo 377 CPP, el recurso se encuentra debidamente *preparado*, toda vez que la supuesta infracción fue incidentada en la audiencia de juicio.

Considerando que la Excelentísima Corte Suprema no constituye una instancia para rever los antecedentes de hecho, reservándose eminentemente la revisión sobre un vicio o vulneración de un derecho o garantía asegurado por la Constitución Política, que haya influido sustancialmente en la resolución del caso, debemos reducir la discusión al modo como se ha infraccionado la *igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*, donde se cuestiona la aplicación del Art. 336 Inc.1° CPP.

En este sentido al fallo del excelentísimo tribunal le corresponde analizar en primer término que la prueba del juicio está constituida –como bien lo señala

4 Fallos CS. Rol N°1039 del 14 de abril del año 2007; Rol N°7372 CS_Rol 3741-12. del 07 de diciembre del 2009; Rol N°5400 de 16 de septiembre del 2010.

el recurso— por el *peritaje ADN N°D-1733/11*, no por los elementos remitidos para realizar la pericia, el peritaje es la prueba y las muestras son la fuente de la prueba, así lo ha estimado la Corte Suprema⁵.

Con lo antes señalado, no debemos confundir el objeto periciado, que no es un medio de prueba propiamente tal, con el informe pericial que sí lo es. Así las cosas, debemos entender que de no existir los conocimientos técnicos en relación al ADN, los elementos enviados a periciar no constituyen un elemento de relevancia, pues sólo podríamos limitarnos a conjeturar que la sangre debiese ser compatible con la de la víctima.

Hoy con los medios tecnológicos existentes, podemos desde un punto de vista científico matemático aproximarnos al 100% de certeza, que se trata —o no— de la misma persona.

En segundo término, creemos preciso aclarar que la prueba fue solicitada en el tiempo de investigación, encontrándose ésta formalizada, en tanto, los resultados de la pericia fueron remitidos en una fecha en que no cabía posibilidad alguna de ser incorporados como prueba en el auto de apertura del juicio oral, toda vez que la defensa había apercibido de cierre, en pleno conocimiento de encontrarse pendiente el resultado de la pericia de ADN, motivo por el cual no se puede hablar de sorpresa en la prueba presentada.

El argumento en torno al plazo de investigación penal parece diluirse, en efecto, el plazo general para realizar una investigación penal en caso de adultos es de dos años desde la formalización de la investigación, cualquier límite inferior es establecido por los Jueces de Garantía como una garantía para el imputado, a fin de no eternizar las investigaciones, máxime cuando éste se encuentre privado de libertad, no en miras a que por esta vía puedan obtenerse réditos secundarios, tales como inhibir al ente persecutor de contar con determinada prueba.

El argumento para la restricción del plazo en materia de investigación no está dado para poner coto a la realización de diligencias, sino para poner un límite a la etapa investigativa⁶ y de la única forma en que se pone término al plazo es mediante el acto procesal de *cierre de la investigación*, el que debe ser declarado por el Fiscal, en audiencia frente al juez, conforme lo estipula el artículo 247 incisos 2° y 3° del CPP.

En la especie, no habiéndose declarado el cierre de la investigación, se solicitó la realización de una diligencia de investigación que generó una prueba, cual

5 2004_CS_Rol 5154-04.

6 Emilio Pfeffer U., Código Procesal Penal Anotado y Concordado, 2ª ed. p. 391.

es la pericia de ADN, de lo cual estaba en pleno conocimiento la defensa del imputado, como lo reconoce el fallo comentado.

A mayor abundamiento, la prueba fue solicitada en tiempo, mas los resultados llegan en un período intermedio, donde en concepto del Ministerio Público, como asimismo lo ha estimado la jurisprudencia⁷, corresponde ser incluida en la audiencia de juicio oral, cumpliéndose los requisitos.

Es del caso que el artículo 336 inciso 1° del CPP permite esta incorporación excepcional, cuando se logre justificar que la prueba es nueva, esto es que de ella no se tuvo conocimiento. En la especie los resultados llegaron después de la confección del auto de apertura de juicio oral, a tres días del juicio, luego de haberse solicitado oportunamente, en tanto la investigación se encontraba abierta.

Por otra parte, al establecerse que el tribunal *podrá ordenar la recepción de la prueba* esclarece el segundo requisito cual es que esta recepción es *facultativa* para el tribunal, sin que la norma establezca requisito alguno de fundamentación.

Dados así los requisitos, parece prudente la recepción de la prueba en los términos que acontecieron.

Amén de lo anterior, la recepción de la pericia de ADN, que no requiere presencia de perito conforme lo indica el Art. 315 Inc. final del CPP, conforme a lo preceptuado en el artículo 336 Inc. 1° es facultativa, por lo que mal puede infringirse sustancialmente una garantía, si la propia la norma habilita la posibilidad.

Como corolario, no debemos olvidar que conforme al artículo 295 del CPP todos los hechos debatidos pueden ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley, y este lo fue, conforme las reglas del artículo 336 inciso primero del CPP. Siendo una facultad privativa de los jueces del TOP acogerla o desecharla y otorgarle el valor que le otorgaron.

Cabe preguntarse qué hubiese sucedido si el resultado de la pericia fuere negativo, indicando que el acusado no portaba la sangre de la víctima en sus prendas. ¿No habría sido un elemento estimado suficiente por la defensa para sustentar la teoría de la inocencia de su representado?

La defensa se encontraba al tanto de la existencia de la fuente de la prueba, al tanto de haberse solicitado la confección de la pericia, –presumimos– sabía de lo incierto del resultado de la misma, sin embargo, adelantándose, cerró la investigación.

7 2004_CS_Rol 5154-04.

Sentencia:

Sentencia CS. Rol N°3741-12 de veintisiete de junio de dos mil doce.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, por sentencia de catorce de abril del año en curso, condenó a HÉCTOR GUILLERMO RAMÍREZ MORALES, como autor del delito de homicidio simple de Andrés Quezada Meza, cometido el 16 de julio de 2011, a cumplir la pena de 7 años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, además del pago de las costas del procedimiento.

Contra la sentencia mencionada, la Defensoría Penal Pública dedujo recurso de nulidad a favor del imputado, el que se admitió a tramitación por resolución de 24 de mayo de 2012, que está escrita a fs. 31, habiéndose fijado audiencia para la vista de la causa a fs. 32 e incorporada a fs. 37 el acta que da cuenta de su realización.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: *Que la única causal esgrimida en el recurso de nulidad ha sido la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciándose como disposiciones legales infringidas, las de los artículos 5 inciso 2° y 19 N°3 inciso 2° y 5° de la Constitución Política; 8.2 letra c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.3 letra b) del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1, 8, 93 y 366 del Código Procesal Penal.*

Explica la defensa que en el juicio oral, después de terminada la recepción de la prueba de cargo, la representante del Ministerio Público pidió se incorporase de acuerdo al artículo 336 del Código Procesal Penal, un informe de ADN respecto de una mancha de sangre recogida del zapato del acusado. Para hacerlo de esa manera, señaló como justificación que tal peritaje se recibió el día 3 de abril de 2012 y que se trataba de una prueba que no existía al momento de cerrar la investigación, ni a la fecha de preparación del juicio oral. La defensa se opuso porque no constituía prueba nueva, ya que la existencia de esa mancha de sangre estuvo siempre en conocimiento del Ministerio Público y porque en la copia de la carpeta de investigación entregada a esa parte ni siquiera aparecía la constancia de la solicitud de pericia. Alegó también que el informe apareció el mismo día del juicio y ello provoca la indefensión del acusado.

La fiscal replicó que se solicitó el peritaje antes del cierre de la investigación, el 22 de diciembre de 2011 y que la defensa sabía que ese resultado estaba pendiente, a pesar de lo cual solicitó el apercibimiento para el cierre el 2 de enero de 2012. En la dúplica otorgada por el tribunal, la defensa arguyó que los hechos investigados ocurrieron el 16 de julio de 2011, fecha desde la cual la Policía informó la existencia de la mancha de sangre y sin embargo, el informe no se pidió, sino hasta diciembre.

Finalmente, el Tribunal aceptó la incorporación del informe, sin perjuicio del valor que se le asignara en la sentencia, protestando en consecuencia la defensa, además, porque el tribunal resolvió la incorporación sin fundamento alguno.

El recurrente explica que la formalización de su representado fue el 30 de julio de 2011 y que en esa oportunidad se fijó plazo de 90 días para la investigación, que vencía el 30 octubre. El 29 de julio, la fiscalía recibió el resultado de la investigación policial donde se indicó la presencia de la mancha de sangre y que aquella quedaba en custodia por si era requerida para obtener ADN.

Más tarde, el 27 de octubre, la fiscal a cargo de la investigación pidió audiencia para discutir la ampliación del plazo de investigación, a lo que se accedió el 7 de noviembre por un mes desde su vencimiento original, esto es, hasta el 30 de noviembre y para entonces aún no se había pedido el informe de ADN. La defensa apercebido para el cierre el 19 de diciembre, fecha en que se fijó audiencia para ello y la investigación se cerró, finalmente, el 2 de enero de 2011.

En consecuencia, explica el recurrente, no se trata de prueba nueva de aquella que trata el artículo 336 del Código Procesal Penal, porque corresponde a un elemento de cargo conocido desde su origen por el Ministerio Público, pero que no fue ordenado a tiempo, constituyéndose en una diligencia de investigación que por razones no imputables al acusado se extendió irregularmente más allá del periodo de investigación sólo por negligencia del fiscal.

En esta parte recuerda el defensor que la ampliación del plazo de investigación obra sobre la base de la realización de diligencias precisas, de acuerdo al artículo 257 del Código Procesal Penal, y en el caso, el informe de ADN no fue argumento esgrimido para fundar la solicitud de aumento de plazo de modo que se procuró un medio de prueba

no autorizado ni siquiera dentro del último plazo de investigación extendido y, sin embargo, fue recibido por el Tribunal de Juicio Oral y valorado sin reparos, infringiéndose con ello el debido proceso.

El Ministerio Público actuó negligentemente, generó una prueba de cargo fuera de plazo legal y aprovechándose de su propia negligencia, alegó desconocimiento de los resultados de un informe irregularmente obtenido, lo que contraviene incluso la “teoría de los actos propios” esgrimida por la misma Corte Suprema en fallo Rol 3169-07. Además, circunscribe el reconocimiento del artículo 336 del código de la materia no a una mera facultad de los jueces, sino como una que no puede ser ejercida de modo arbitrario. Cita otro fallo de esta Corte y alega que el atropello de garantías resulta aún más grave, si se acepta prueba en torno a esa facultad, pero sin fundamento alguno, violando con ello también el artículo 36 del Código Procesal.

Se infringe el debido proceso, en especial en cuanto al derecho a defensa y a sus expresiones de resguardar la igualdad de armas y la exclusión de la sorpresa procesal, elementos centrales del principio de la garantía de un proceso racional y justo, porque el imputado tiene derecho a conocer tanto los hechos que se le atribuyen, cuanto la prueba de cargo que los respalda, proporcionándole la información necesaria que permita una efectiva y adecuada defensa. Al respecto, cita las garantías judiciales de la Convención Americana de Derechos Humanos que incluyen el derecho del imputado al “tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa”, derechos

de los cuales arranca la “prohibición de sorpresa” y conlleva que las situaciones en que se permite la incorporación de prueba nueva, son excepcionales y, por ende, la interpretación de tales preceptos debe ser restrictiva, puesto que restringen garantías judiciales de los inculpados.

En el caso, alega que el ofrecimiento y acogida del informe de ADN escapaba a los supuestos fácticos del artículo 336 del Código Procesal Penal: primero, porque no era prueba nueva, ya que aunque no existía al tiempo de la preparación, su existencia estaba prevista; y, segundo, se sabía de su existencia.

Sobre el perjuicio producido con la infracción reclamada, alega que en el considerando 8° de la sentencia impugnada, los jueces no sólo valoran el informe mal incorporado sino que le otorgan rango de especial relevancia en su decisión condenatoria, de modo que solicita se declare la nulidad de la sentencia y del juicio oral y que se celebre nuevo juicio por tribunal no inhabilitado.

SEGUNDO: Que para acreditar tanto la preparación como las circunstancias de la causal esgrimida, la defensa ofreció y reprodujo la siguiente prueba en la audiencia de la vista del recurso:

I. Del Juicio Oral, se escuchó la Pista 120409-00-16: entre los minutos 00:32 a 01:26; 01:27 a 02:50; 03:37 a 04:08; 04:10 a 04:36; y 04:40 a 04:47; que corresponden a la siguiente transcripción:

Fiscal: “En virtud de lo dispuesto en el artículo 336 del Código Procesal Penal solicito autorización para rendir prueba

nueva en atención a que con fecha 3 de abril de año 2011 llegó al Ministerio Público el resultado del examen de ADN de la muestra de sangre encontrada en los zapatos del acusado y también la chaqueta lo que, examen que no existía.”

Juez: “Perdón, ¿con qué fecha dijo?”

Fiscal: “3 de abril del año 2012. Prueba que en el momento de cerrar la acusación o la preparación del juicio oral no existía, por lo tanto, reuniéndose los requisitos para presentar esta prueba nueva, solicito la autorización de que pueda ser incorporada y en el caso de ser incorporada, tratándose de un informe pericial solicito se haga por el artículo 315 inciso 2°, esto es, mediante la lectura del documento”.

Defensa: “Nos oponemos a que se incorpore este informe toda vez que era conocido por el Ministerio Público el hecho que existían manchas de sangre que podían ser periciadas y establecer la existencia de ADN en el mismo. Sucede SS que esto no se hizo dentro del plazo, no tenemos ni siquiera constancia de cuándo se solicitó esta solicitud de informe de ADN toda vez que SS en las copias que fueron entregadas por parte del Ministerio Público no existe constancia de esta solicitud por lo tanto, recién el día de hoy en la mañana, a pesar de que había llegado hace unos días atrás SS este informe, no teníamos conocimiento del mismo. Ello causa indefensión indudablemente a esta parte. Por otra parte, SS el Ministerio Público de haberse pedido oportunamente el informe antes del cierre de la investigación, podía ejercer la facultad SS de pedir la reapertura del mismo para efectos de que o la ampliación del

plazo de investigación más bien SS para efectos de que llegara este informe, cosa que tampoco hizo el Ministerio Público. Su incorporación en esta audiencia causa indefensión a esta parte SS y solicitamos que no se acoja. Por lo demás, SS tratándose de un informe pericial por regla general debe ser rendido por la perito cual lo emite SS”.

Fiscal: “Magistrado llegó hace tres días atrás, si es 3 de abril de este año. Magistrado para ser más exacto, el día 22 de diciembre del año 2011 se solicitó esta muestra. 22 de diciembre del año 2011, el año pasado, antes del cierre de la investigación. Se solicitó aumento de plazo, esto es de conocimiento de la defensa y la defensa, sabiendo que estaba este informe pendiente, nos apercibió de cierre el 2 de enero del 2012, fecha en que se cerró la investigación, llegando el examen de ADN solamente hace tres días atrás”.

Defensa: “De haberse solicitado el 22 de diciembre como señala el Ministerio Público, esto es, antes de la fecha de cierre, SS naturalmente podría haberse pedido la ampliación del plazo, SS, por lo demás, estas evidencias ya se contaban desde el mismo día 17 de julio, de los hechos, cuando ocurre la Policía informa que existían manchas de sangre que podían ser periciadas y recién se hace en diciembre”.

Tribunal: “Bueno, el Tribunal accede a incorporar el informe sin perjuicio cierto, del valor probatorio que se le dará en la sentencia definitiva.”

II. Asimismo, para acreditar las circunstancias de la causal esgrimida, se ofreció y escuchó el audio de la audiencia de aumento de plazo, pista única

desde el minuto 00:00 al 06:00. Este audio permitió tener por establecido que se requirió por la Sra. Fiscal a cargo de la investigación, un lapso mayor para la incorporación del informe de facultades mentales del imputado que estaba pendiente y los informes planimétrico y fotográfico del sitio del suceso. El juez de la causa, permitió la extensión por el lapso de un mes desde su vencimiento original que vencería, ahora, el 30 de noviembre de 2011.

III. Prueba documental, que se incorporó en la audiencia a través de su lectura resumida, consistente en:

- a) Copia del informe de ADN de 3 de abril de 2012.
- b) Copia del acta de audiencia de control de detención de 30 de julio de 2011.
- c) Copia de la solicitud de ampliación de plazo de investigación con cargo 27 de octubre de 2011.
- d) Copia de la resolución de 28 de octubre de 2011.
- e) Copia del acta de la audiencia de aumento de plazo para investigar de 7 de noviembre de 2011.
- f) Copia del acta de audiencia de revisión de la cautelar de prisión preventiva y que fija audiencia para apercibir el cierre de la investigación de 15 de diciembre de 2011.
- g) copia del acta de la audiencia de apercibimiento de cierre de investigación de 19 diciembre 2011.
- h) copia del acta de la audiencia de cierre de la investigación de 2 de enero de 2012.

Terminada la recepción de la prueba ofrecida por la defensa, el Sr. Presidente de la Sala preguntó al representante del Ministerio Público si tenía alguna observación que hacer sobre aquella, a lo que éste manifestó que ninguna.

TERCERO: *Que con la prueba producida en la causa se encuentra comprobado que el informe de ADN respecto de una mancha de sangre encontrada en el zapato del acusado, no fue solicitado dentro del plazo fijado originalmente para la investigación, como tampoco lo fue dentro del término extendido que venció el 30 de noviembre de 2011; sino que lo fue después de fijada audiencia de apercibimiento para el cierre y justo antes de que ésta se concretara.*

Corresponde a una prueba que no fue ofrecida en la audiencia preparatoria del juicio —que se realizó el 15 de febrero de 2012, según consta a fs. 3— y que según manifestó la defensa en su protesta en el juicio oral —hecho no controvertido por el Ministerio Público en aquella oportunidad— en la carpeta de investigación no constaba la copia de la solicitud del informe.

CUARTO: *Que el artículo 336 del Código Procesal Penal, establece efectivamente una excepción a la regla general de que la prueba debe ser ofrecida en la audiencia de preparación de juicio, concreción del principio que impide la sorpresa en esta materia, desde que constituye una restricción al derecho a la defensa porque impone reducir la preparación y los medios de que debe estar provista la defensa en relación a los elementos de cargo con que se pretende acreditar el hecho y la participación que se atribuye al acusado.*

Sin embargo, la excepción existe puesto que subsiste la necesidad de cubrir situaciones extremas en que puede ocurrir que pruebas importantes para la resolución de un asunto —tanto como prueba de cargo, como prueba de la defensa— no haya podido ser incorporada oportunamente.

En el caso y como ya se anticipó en el razonamiento tercero, el informe pericial de ADN no fue pedido en la oportunidad correspondiente, sin embargo, la existencia de la mancha de sangre y la posibilidad cierta de requerirse respecto de ella un informe de perfil genético, constaba en el informe policial evacuado el 29 de julio de 2011, según se esgrimió por la misma defensa en la audiencia del juicio oral, como aparece evidente del audio arriba transcrito, prueba que resultaba relevante no sólo porque existían manchas de sangre en la chaqueta de otro sujeto que también estuvo en el lugar del hecho, sino que, porque determinar si la sangre en el zapato del acusado era o no de la víctima, podía eventualmente constituir prueba a favor de la misma defensa.

QUINTO: *Que en este escenario, las exigencias que contempla el artículo 336 del Código Procesal Penal para la procedencia y acogida del informe solicitado por el persecutor en la audiencia de juicio, se vieron satisfechas desde que la fiscal a cargo justificó no haber sabido de la prueba hasta ese momento, puesto que el cuestionado informe pericial está fechado 3 de abril de 2012, esto es, fue evacuado con posterioridad a la fecha de la audiencia de preparación del juicio oral, de modo que no pudo ser ofrecido en ese momento que era el oportuno para hacerlo, y estuvo a disposición de*

la fiscal a sólo pocos días de la audiencia del juicio oral, que se realizó el día 9 de abril de ese año.

SEXTO: Que, por otra parte y en lo que atañe a la supuesta infracción de la garantía al derecho a defensa que se habría producido por la sorpresa procesal y/o la ruptura de la igualdad de armas al ser aceptada la incorporación repentina del informe señalado, es preciso distinguir dos situaciones. La primera es que la sola existencia de la norma excepcional, conlleva la aceptación de algunas limitaciones al derecho de la defensa y, la siguiente, que tal como antes se explicó, la solicitud de perfil genético respecto de la muestra de sangre en el zapato del acusado era previsible y pudo incluso, ser solicitada por la misma defensa. Tales asertos hacen manifiesta la exclusión de la pretendida sorpresa.

SÉPTIMO: Que, por otra parte, para que una infracción de garantías constitucionales tenga el mérito de conducir a la invalidación tanto del fallo como del juicio oral en que se produjo, es preciso que haya sido de carácter sustancial, lo que no se advierte tampoco en la especie, desde que, tal como se lee en el razonamiento octavo de la sentencia impugnada, el peritaje cuya incorporación se cuestiona no fue el único antecedente tenido en consideración por los jueces del Tribunal de Juicio Oral para tener por establecida la participación de Héctor Ramírez Morales en el homicidio de Andrés Quezada Meza, desde que en ese motivo del fallo, se describen además, un peritaje huellográfico, los testimonios de Enrique Ramírez Morales y de Angélica Sanhueza Morales, así como de los funcionarios Cristián Montalba

Vásquez y Ricardo Muñoz, habiéndose referido incluso uno de ellos, al reconocimiento hecho por el imputado fuera de juicio de su participación en el delito y de sus motivos, lo que no se cuestionó de ilegal por la defensa.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública de Temuco en representación de Héctor Guillermo Ramírez Morales, contra la sentencia de catorce de abril de dos mil doce, cuya copia rola a fs. 9 y siguientes de este legajo y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1100720500-9 y RIT 038-2012, los que en consecuencia, **no son nulos**.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Srs. Dolmestch y Brito quienes estuvieron por acoger el recurso de nulidad deducido e invalidar tanto la sentencia pronunciada como el juicio oral que le sirvió de antecedente, disponiendo la realización de un nuevo juicio ante tribunal no inhabilitado, por las siguientes razones:

1° Que, como se reconoce en el fallo de mayoría, la prueba pericial de ADN no fue oportunamente solicitada por el Ministerio Público —ni en el plazo originalmente fijado para la investigación, ni en el señalado con posterioridad en la ampliación que se extendió hasta el día 30 de noviembre—, siendo irrelevante que la existencia de la mancha de sangre estuviera en conocimiento de la defensa, puesto que con la notificación de la citación a la audiencia de preparación del juicio oral y la acusación —donde ha señalado los medios de prueba de que pensaba valerse el Ministerio Público—, quedó definido el material probatorio

del juicio. En el caso concreto, no había informe de ADN practicado sobre la mancha de sangre hallada en su zapato, ni había constancia alguna de que se hubiera siquiera solicitado el referido informe, por lo que la defensa no estaba informada que aquel peritaje pudiera aparecer el día del juicio oral, lo que tampoco podía presumir.

2° Que el artículo 336 del Código Procesal Penal, establece una excepción al momento en que ha de ofrecerse la prueba y, como tal, constituye una restricción de los derechos de la defensa de la parte contra quien se hace valer, razón por la cual la interpretación de sus exigencias y su aplicación debe ser restrictiva. En el caso, la fiscal de la causa adujo que se trataba de prueba nueva, que no existía con anterioridad, porque estaba fechada 3 de abril de 2012, agregando en la réplica que fue solicitado el 22 de diciembre de 2011, antes de cierre de la investigación, habiéndose pedido aumento de plazo y estando en conocimiento de la defensa que apercibió de cierre.

Sin embargo, de la prueba de audio reproducida en la audiencia y de la documental incorporada por medio de lectura resumida, aparece que la investigación debía cerrarse el 30 de octubre de 2011 y que se logró su prórroga por el Ministerio Público hasta el 30 de noviembre de ese mismo año para el solo efecto de incorporar el resultado de un examen siquiátrico del acusado y los informes planimétrico y fotográfico del sitio del suceso. Vencido el nuevo plazo de investigación, el Ministerio Público no cerró la investigación, de modo que la defensa pidió el 15 de diciembre del mismo año, que se fijara audiencia para

apercibir el cierre, la que se fijó para el día 2 de enero de 2012, fecha en que en definitiva se cerró la investigación.

No es efectivo, en consecuencia, que el Ministerio Público solicitara el informe de ADN dentro del plazo que se le fijó para la investigación, como tampoco existe antecedente alguno de que la defensa tuviera conocimiento de haberse solicitado el informe de ADN cuestionado. Lo que sí es efectivo, es que no se trató de una prueba nueva desconocida para el Ministerio Público. El informe pericial fue ordenado –según sostuvo la fiscal en el juicio oral reproducido en la audiencia de la vista– el día 22 de diciembre de 2011 y, sin embargo, no se advirtió a la defensa sobre la existencia de esa solicitud hasta el mismo día del juicio oral, el 9 de abril de 2012. Al respecto, no debe perderse de vista que la circunstancia de fijarse un plazo de cierre a la investigación no es una cuestión arbitraria que pueda ser soslayada por el Ministerio Público, desde que se declara que ello es “...necesario con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes...”.

El argumento esgrimido por el Ministerio Público para presentar el informe de ADN en el juicio oral, no satisface las exigencias del artículo 336 del Código Procesal Penal y su incorporación en la forma que se hizo, en consecuencia, no se corresponde con la situación excepcional prevista por el legislador, lo que queda de manifiesto por haberlo permitido el tribunal sin señalar fundamento alguno que lo apoyase. Por ende, ha significado una afectación al derecho a defensa del acusado porque se introdujo un elemento de cargo que no estaba en conocimiento de esa parte, el que se usa

de manera sorpresiva en la audiencia del juicio sin ninguna prevención, y respecto del cual la recurrente no tuvo los medios ni el tiempo suficiente para preparar su reacción.

3° Que, en lo que dice relación con la trascendencia de la infracción anotada, si bien es cierto de la sola lectura del motivo octavo de la sentencia impugnada se advierte que los jueces unieron una serie de antecedentes para tener por establecida la participación del imputado en el delito, es necesario precisar que ellos dan inicio a ese razonamiento aduciendo que "...tiene especial relevancia la relación de sangre humana de la víctima con las muestras de manchas pardo rojiza recogidas en uno de los zapatos del acusado y que según da cuenta el peritaje de ADN practicado en el S.M.L. proceden de la misma fuente biológica con una probabilidad de 99.9999999999999999%,..." de donde se sigue el carácter determinante de la prueba cuestionada por la defensa, lo que resulta suficiente para concluir que se trata de una infracción de carácter sustancial, por la injerencia que tuvo en la convicción de participación que llevó a condenar.

Determinar cuánta más o menos importancia que el resto de los otros elementos descritos en ese razonamiento tuvo ese peritaje para tener por establecida la participación del acusado, no sólo no es necesaria atendido lo evidenciado, sino que no es posible hacer sin caer en un proceso de valoración probatoria prohibido a este tribunal de nulidad.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Milton Juica Arancibia y de la disidencia, el Ministro Sr. Brito.

Rol N°3741-12

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el abogado integrante Sr. Jorge Lagos G.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintisiete de junio de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

CONTENIDOS

Artículos

Modernización del Estado, convenciones internacionales y Ministerio Público. Tres ejes del proceso permanente del combate a la corrupción en Chile

Marta Herrera Seguel y Roberto Morales Peña

La configuración del delito de asociación ilícita para cometer el delito de tráfico ilícito de drogas a propósito del llamado Caso del Señor del Tamarugal

Juan Castro Bekios

Nuevo régimen de sustitución de penas

Tomás Ramírez Hermosilla

Acceso consular a personas que se encuentran detenidas o privadas de libertad, al amparo de la Convención de Viena sobre relaciones consulares
Karina Fernández, Adriana Quintero y Rafael Hurtado

La racionalidad de las decisiones judiciales. Límites legales a la libertad en materia de valoración de la prueba. Estudio de dos casos

Karen Guzmán Valenzuela

La entrevista investigativa con preescolares

Sofía Huerta Castro

La nueva institucionalidad ambiental

Alejandro Litman Silberman

Aproximación a la inimputabilidad penal por trastorno mental desde la perspectiva de la psicología jurídica.

Francisco Maffioletti Celedón

Sentencias comentadas

Comentario a sentencia de la Corte Suprema que rechaza recurso de nulidad en causa por violación en que defensa presentó metaperitos

Jorge Ignacio Gárate Bais

Corte de Apelaciones de Talca acoge recurso de nulidad del Ministerio Público, en caso de absolución por violación conyugal

María Angélica San Martín Ponce

Sentencia condenatoria por el delito de lavado de dinero en caso “La playa”: alcances de la descripción típica, principio de ejecución y consumación del delito

Angélica Torres Figueroa

Comentario a la sentencia de la Corte Suprema que rechaza recurso de nulidad de la defensa, permitiendo la incorporación de prueba nueva

Rodrigo Fernández Moraga