

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°52 - SEPTIEMBRE 2012

REVISTA JURÍDICA
DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°52 - Septiembre 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: 2965 9693

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

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

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

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Fallos

Recursos de queja acogidos. Efecto de la inadmisibilidad de la querrela de capítulo 11

Corte Suprema

Recurso de nulidad rechazado. Alcance de la flagrancia. Detención por civiles. Imputado adolescente 15

Corte Suprema

II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

Artículos

La víctima en el proceso penal
¿Interviniente o simple medio de prueba?
Perspectiva desde la investigación de delitos sexuales y la entrevista única 25

Oswaldo Ossandón Sermeño

III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Sentencias Comentadas

Sentencia de Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz que condena por negociación incompatible al Alcalde de la Municipalidad de Nancagua 43

Víctor Bobadilla Gómez

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículos

Breve resumen y análisis de la jurisprudencia más reciente emanada de la Sala Penal de la Corte Suprema sobre la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas 127

Nicolás Arrieta Concha

Sentencias Comentadas

- Cooperación eficaz: medios versus fines. Comentarios a voto de minoría en fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca 137
Ángel Ávila Calderón

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

Artículos

- La Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal y sus Protocolos Adicionales 149
Karinna Fernández Neira

VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

- Convenio 169 de la OIT y su aplicación en delitos en contexto de violencia intrafamiliar 161
María Angélica San Martín Ponce

Sentencias Comentadas

- Comentario a la sentencia condenatoria del Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, por los delitos de violación impropia reiterada, estupro y promoción y facilitación de la prostitución infantil 180
Macarena Car Silva
- Comentario a sentencia que anula Juicio Oral y sentencia de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que absolvió al acusado como autor del delito de abuso sexual de menor de edad 194
Carolina Suazo Schwencke

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

Artículos

- Algunas consideraciones respecto del procedimiento para la ejecución del contenido patrimonial de una sentencia condenatoria. Necesidad de un cambio estructural 203
Marcelo Contreras Rojas
- Notarios y conservadores como sujetos pasivos del engaño en estafas triangulares 215
Mauricio Lártiga Obal

VIII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

Problemas relativos a la prescripción en materia de responsabilidad penal adolescente 231

Edison Carrasco Jiménez

Sentencias Comentadas

Acercas del caso de un delito de robo con intimidación cometido por agentes policiales en el ejercicio de sus funciones 244

Juan Castro Bekios

PRÓLOGO

Desde los inicios de la publicación de nuestra Revista, el Ministerio Público ha manifestado un real interés por aportar al debate jurídico relacionado con el ámbito penal.

Fieles a dicho objetivo, hemos puesto especial énfasis en seleccionar fallos de nuestros tribunales superiores de Justicia, que hayan sido dictados recientemente, considerando que es de suma importancia ofrecer a nuestros lectores la información más actualizada posible.

Concretamente, en el número actual presentamos un resumen y análisis de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, en materias relacionadas con la Ley que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

Del mismo modo, presentamos interesantes comentarios sobre sentencias dictadas en materia de cooperación eficaz; de robo con intimidación cometido por funcionarios policiales; sobre delitos de violación impropia y con relación a otra sobre abusos sexuales, como también en relación a una sentencia que condena por el delito de negociación incompatible a un alcalde.

Además hemos incluido fallos, dictados por nuestra Corte Suprema, que zanján discusiones en torno al efecto de la inadmisibilidad de una querrela de capítulo, y una segunda que se pronuncia respecto de un tema de suyo discutido como la flagrancia en el marco de una detención practicada por civiles.

Pero la labor en el ámbito jurídico penal no se reduce a la creación jurisprudencial, y es por ello que también nos ocupamos de difundir doctrina de relevancia para el quehacer jurídico del Ministerio Público y los demás actores del proceso penal.

Así es como en este número hemos incluido artículos que tratan sobre la prescripción de la responsabilidad penal de adolescentes y sobre la víctima en las investigaciones de delitos sexuales. También presentamos artículos que discurren acerca de las falencias estructurales a la hora de querer ejecutar el contenido patrimonial de una sentencia condenatoria, o sobre los funcionarios auxiliares de la administración de justicia, concretamente notarios y conservadores, como sujetos pasivos de una estafa triangular.

Por último, en el ámbito de normas de derecho internacional, ofrecemos un artículo que se refiere a la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal y sus Protocolos Adicionales, como asimismo otro acerca de la aplicación del Convenio 169 de la OIT en procesos por delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

RECURSOS DE QUEJA ACOGIDOS. EFECTO DE LA INADMISIBILIDAD DE LA QUERRELLA DE CAPÍTULO

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

La ley ha establecido que el rechazo de una querrella de capítulo produce los efectos del sobreseimiento definitivo, sin hacer distinción alguna entre si el proceso se inició por la querrella o no, sino sólo si se trata de un procedimiento de acción pública o privada, por lo que no cabe considerar a la investigación inicial como un proceso diverso al de la querrella de capítulos que necesitara ser terminado por la vía del sobreseimiento definitivo, porque el artículo 429 del Código Procesal Penal contempla un motivo específico de término con los efectos del referido sobreseimiento.

Texto Completo:

Santiago, nueve de agosto de dos mil doce.

Vistos y teniendo presente:

1° Que a fs. 6 comparece el Abogado Procurador Fiscal Sr. Marcelo Chandía Peña, en representación del Estado de Chile y a fs. 71, el Fiscal Regional del Ministerio Público de la Araucanía, Sr. Francisco Ljubetic Romero, quienes deducen, cada uno en su comparecencia, recurso de queja contra los ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco Sr. Héctor Toro Carrasco, Sr. Julio César Grandón Castro y el abogado integrante Sr. Roberto Contreras Eddinger, por la sentencia que pronunciaron el día 28 de mayo de 2012 por la cual revocaron la resolución del Juez de Garantía de esa ciudad y en su lugar declararon el sobreseimiento definitivo del proceso seguido contra la Juez M.C.M. por el delito de falsificación de instrumento público, asilados en la causal señalada en el

artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal.

Explican que para formalizar a la referida magistrado solicitaron se fijara la audiencia respectiva, pero la formalización fue interpretada por la juez interviniente como una medida cautelar, por lo que se les exigió previamente, que se interpusiera la querrella de capítulos correspondiente, lo que hicieron ante la Corte de Apelaciones de Temuco. Ese tribunal declaró inadmisibles todos los capítulos de la querrella, lo que fue confirmado por esta Corte Suprema. Precisan que en ninguna de esas instancias se solicitó condena en costas.

Sin embargo, la defensa de la juez imputada pidió se fijara audiencia para discutir el sobreseimiento definitivo del proceso y la condena en costas del Fisco y del Ministerio Público, lo que se resolvió en la audiencia pertinente por ese tribunal, ordenándose estar a lo decidido por la Corte de Apelaciones en cuanto al sobreseimiento y, respecto de las

costas, a lo previsto en el artículo 45 del Código Procesal Penal, debiendo recurrir ante quien correspondiera.

Aquella decisión fue la revocada por los ministros recurridos, los que incurrieron en tres faltas o abusos graves de acuerdo al recurso de queja presentado por el representante del Consejo de Defensa del Estado. La primera, es que el artículo 429 del Código Procesal Penal dispone de modo expreso que al ser declarada inadmisibile la querrela de capítulos, tal resolución produce los efectos del sobreseimiento definitivo que -de acuerdo al artículo 251 del mismo cuerpo legal- corresponden a poner término al procedimiento y dotar esa decisión de autoridad de cosa juzgada. No es procedente interpretar una norma expresa, existiendo en ello falta o abuso grave.

En segundo término, en la audiencia se expresó en forma verbal por los jueces que el fundamento del sobreseimiento era el artículo 429 mencionado y, sin embargo, en la resolución escrita que se ingresó al sistema al día siguiente, se sustituyó esa norma por la del artículo 250 letra a) del código de la materia, con lo cual se declaró que los hechos no eran constitutivos de delito. De la forma que se procedió, se infringieron los artículos 30, 37, 39, 291 inciso 1° y 41 del Código Procesal Penal puesto que la resolución válidamente emitida fue la comunicada en la audiencia.

Por último, la resolución impugnada es también abusiva en cuanto aplicó una condena en costas en una etapa procesal improcedente, porque de conformidad a lo prevenido en el

artículo 45 del Código Procesal, las costas se aplican en la resolución de cada incidente y en los términos señalados en el artículo 360, esto es, sólo cuando se han pedido, lo que no ocurrió en su momento en el caso, habiéndose regulado cuando el proceso ya estaba terminado.

El representante del Ministerio Público identificó las mismas faltas o abusos graves que denominó en primer término, como la reapertura de una causa terminada, puesto que el proceso había ya terminado con la resolución ejecutoriada que declaró inadmisibile la querrela de capítulos, de modo que la Corte se pronunció sobre un proceso ya concluido. Y, además, que se modificó una sentencia afinada, donde se había declarado no haber mérito a los capítulos esgrimidos contra la juez C., de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 429 del Código Procesal Penal, en tanto los jueces recurridos de la Corte se volvieron a pronunciar pero para decir, ahora, que los hechos no eran delito. Lo anterior, con el agravante de haberse aplicado una condena en costas en una instancia terminada.

2° Que al evacuar su informe los ministros recurridos a fs. 30 y 85, explicaron que, en su opinión, los efectos de la sentencia que declaró inadmisibile la querrela de capítulos decían relación solo con la causa en que se dictó aquella sentencia y que no podían extenderse de pleno derecho a la causa rol N° 4623-11 que estaba vigente y cuya tramitación se había suspendido mientras se tramitaba esa querrela, siendo necesario

por lo tanto, declarar el sobreseimiento en aquélla.

Consideran que el artículo 429 en estudio plantea el supuesto que la causa se inicie con la querrela de capítulos, que no fue lo que ocurrió en el caso, donde partió por requerimiento del Ministerio Público que formalizó la investigación contra la juez afectada, lo que fue entendido por la juez actuante como una medida cautelar y, por ello, exigió la querrela de capítulos respectiva.

Admitieron haber anunciado el artículo 429 del Código Procesal Penal en la audiencia y luego haber incorporado el 250 letra a) del mismo cuerpo legal en la resolución escrita, pero adujeron que ese último precepto formó parte de su deliberación por lo que estimaron no haber incurrido en falta.

Y en cuanto a la condena en costas, explicaron que dado que se declaró el sobreseimiento definitivo, con lo cual resultaron totalmente vencidas las partes, procedía la condena en costas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 48 del Código Procesal Penal.

3° Que en el artículo 429 del Código Procesal Penal se establecen los efectos de la sentencia que declara inadmisibles la querrela de capítulos, indicándose de modo expreso en ese precepto que: *“Si, en el caso del inciso primero del artículo 425, la Corte de Apelaciones declararare inadmisibles todos los capítulos de acusación comprendidos en la querrela, tal resolución producirá los efectos del sobreseimiento definitivo respecto del juez, fiscal judicial o fiscal*

del ministerio público favorecido con aquella declaración”.

Esa orden está completada en el artículo 430 del mismo cuerpo normativo que supone el caso de existir pluralidad de sujetos, en cuyo escenario ordena *seguir adelante* en relación con ellos.

De lo expresado aparece que la disposición en comento claramente ordena los efectos del sobreseimiento definitivo cuando se han rechazado todos los capítulos de la querrela, sin hacer distinción alguna entre si el proceso se inició por la querrela o no, sino sólo si se trata de un procedimiento de acción pública o privada. La sección transcrita corresponde al caso, como el de autos, de acción penal pública. Tratándose de una norma que es clara en su redacción, no requiere de interpretación alguna que altere su sentido natural y obvio, cuestión que se ve avalada, además, por la orden que contiene el artículo 430 que sólo permite proseguir el proceso cuando en aquél existen otros inculpados que no tengan la calidad de jueces o fiscales.

De la señalada forma, no cabía entender que pudiera existir un proceso diverso al de la querrela de capítulos que necesitara ser terminado por la vía del sobreseimiento definitivo y esto es así, porque el artículo 429 del Código Procesal Penal contempla un motivo específico de término con los efectos del sobreseimiento.

4° Que por encontrarse ya concluido el procedimiento, efectivamente no era procedente tampoco la imposición de costas, desde que las aplica-

das sólo podían serlo a consecuencia del sobreseimiento definitivo que fue erróneamente declarado en la audiencia respectiva.

5° Que los yerros descritos sólo pueden ser corregidos por la vía de acoger los recursos de queja que han sido interpuestos y acumulados y dejar sin efecto la resolución que los motivó.

Y visto además, lo dispuesto en los artículos 548 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, **se acogen** los recursos de queja deducidos en lo principal de fs. 6 y 71 por el Abogado Procurador Fiscal de Santiago en representación del Fisco de Chile y por el Fiscal Regional del Ministerio Público de La Araucanía y en consecuencia, **se deja sin efecto** la resolución de 28 de mayo de 2012 pronunciada en el ingreso Corte N° 373-2012 (RPP) de la Corte de Apelaciones de Temuco y **en su lugar se decide, que se confirma** la resolución apelada de 10 de mayo de 2012 pronunciada en el proceso RUC 1100377208-1, RIT O-4623-2011 del Juzgado de Garantía de Temuco, en el entendido de que dada la declaración de inadmisibilidad de la querrela de capítulos, dicha deci-

sión produce los efectos del sobreseimiento definitivo.

No se remiten estos antecedentes al Pleno de este Tribunal por estimarse que no existe mérito para ello.

Acordada esta última decisión con el voto en contra del Ministro Sr. Juica quien estuvo por cumplir con la remisión señalada, porque la calificación de existir mérito para adoptar alguna decisión al respecto, es soberana del Tribunal Pleno, recayendo sobre la Sala tan solo la obligación de remitir los antecedentes cuando se ha acogido el recurso, cuyo es el caso.

Regístrese y devuélvanse sus agregados. Comuníquese lo resuelto y, hecho, archívese.

Rol N° 4373-2012

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Juan Escobar Z. y el abogado integrante Sr. Jorge Lagos G. No firma el abogado integrante Sr. Lagos, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. ALCANCE DE LA FLAGRANCIA. DETENCIÓN POR CIVILES. IMPUTADO ADOLESCENTE

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

El régimen legal de la flagrancia en nuestro país no es estricto, pues a la flagrancia propiamente tal, esto es, aquella en que el agente se encuentra actualmente cometiendo el delito, se agregan otras hipótesis donde lo ostensible o evidente no es tan claro y, por lo mismo, se acercan más a la sospecha.

La práctica de diligencias respecto de la persona del imputado, dadas las circunstancias de la detención por civiles y ante la carencia de cualquier elemento de identificación, se inscribe dentro de las medidas que para este efecto la ley permite, incluso en el caso de adolescentes, dados los términos del artículo 31 de la Ley N°20.084.

El registro de vestimentas está contemplado expresamente dentro del procedimiento de identificación que regula el artículo 85 del Código Procesal Penal, y si bien no se estaba ante un control de identidad, nada impide que ese examen se realice cuando la identificación del imputado detenido en flagrancia no ha podido ser verificada ni menos la minoría de edad que sólo con posterioridad pudo ser constatada.

Voto de minoría: Las diligencias posteriores a la detención del imputado excedieron la mera constatación de su identidad, pues claramente apuntaron a la determinación de la responsabilidad del adolescente en el delito de que se acababa de tomar conocimiento. Fotografiar al imputado para exhibirlo a la víctima constituye una diligencia de investigación cuya finalidad es determinar la participación que le ha cabido en los hechos, actuación que la ley prohíbe para el caso de adolescentes infractores a la ley penal.

Texto Completo:

Santiago, diez de septiembre de dos mil doce.

Vistos.

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, por sentencia de nueve de julio del año en curso, condenó al adolescente H. O. I. P. C. a dos años de libertad asistida especial por su responsabilidad en el delito de robo con intimidación cometido en perjuicio de Sara

Sanhueza López, el 10 de octubre de 2011, en esa ciudad.

La sentencia fue impugnada de nulidad por la defensa del imputado, recurso que fue admitido a tramitación por resolución de fs. 63. La audiencia pública se verificó el veintiuno de agosto pasado, con la concurrencia y alegatos de la defensora señora Pamela Pereira Fernández, por el sentenciado, y el abogado señor Hernán Ferrera Leiva, por el Ministerio Público.

Luego de la vista del recurso se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 69.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la defensa del adolescente sancionado invoca de modo principal la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciando vulneración a las normas del debido proceso, garantía consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política de la República y a los derechos a la libertad personal, a la intimidad y a la presunción de inocencia, lo que explica porque su detención se verificó fuera de los supuestos de flagrancia previstos en el artículo 130 del Código Procesal Penal, toda vez que fue practicada por un tercero desconocido y sin que haya mediado percepción sensorial de aquél que lo retiene ni por parte del hijo de la víctima, a quien se atribuye intervención en la persecución del menor luego de oír los gritos de auxilio de su madre, y porque, posteriormente, se verificaron actuaciones de investigación respecto del menor en contravención a lo que dispone la norma del artículo 31 de la Ley N° 20.084, por cuanto es ingresado al carro policial para ser conducido al cuartel donde lo registran y encuentran en su poder un cartucho de escopeta, le toman una fotografía que se exhibe a la víctima quien lo reconoce como uno de los partícipes del delito, para finalmente proceder a su detención, todo lo cual vulnera lo establecido en los artículos 40 N° 1 de la Con-

vención Interamericana de los Derechos del Niño, 7.1 de las Reglas de Beijing, 11 N° 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 N° 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 40 N° 2 letra b) apartado i) de la Convención Internacional de Derechos del Niño, disposiciones incorporadas a nuestra legislación en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental y 2° inciso 2° de la Ley N° 20.084.

Sostiene que estas infracciones influyeron en la decisión, pues del fallo se desprende que la participación del imputado se construyó precisamente en base al reconocimiento efectuado por la víctima; por haber sido sorprendido huyendo del lugar del suceso en los instantes que se acababa de cometer un delito y porque habría sido detenido portando una munición de escopeta.

Con estos argumentos pide se declare la nulidad del juicio y la sentencia y se disponga la realización de nuevo juicio por tribunal no inhabilitado en que “se excluya las pruebas referidas en las letras a), b), c), d), e), f) y g) del considerando sexto de la resolución recurrida”

SEGUNDO: Que en subsidio de la causal principal, el recurrente invoca la del artículo 374 letra e), en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal.

Sostiene que la valoración de la prueba rendida en el juicio para efectos de justificar el delito resulta

contraria a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, pues no existió temor en la víctima ni se constriñó su voluntad para lograr la entrega de especies. Sin embargo, la petición de absolución aparece desestimada por consideraciones contradictorias que no entregan una razón suficiente, apartándose del caso concreto y de los dichos de la ofendida, argumentando en cambio, que cualquier ser humano normal habría experimentado temor en tales circunstancias.

Para efectos de comprobar la participación del adolescente el fallo auxilia al Ministerio Público suponiendo que la ofendida lo observó en forma diagonal, no obstante que su visión estaba obstaculizada por la presencia de otro sujeto, pues lo cierto es que la imputación surgiría luego de la detención y reconocimiento en el cuartel policial, lo que propició en el juicio oral un reconocimiento inducido carente de valor. También se opone a las máximas de la experiencia y los principios de la lógica desprender su participación del hecho de haberle encontrado un cartucho de escopeta respecto del cual no se rindió prueba pericial.

Termina solicitando que se invalide tanto la sentencia como el juicio oral y que se lleve a cabo uno nuevo por el tribunal no inhabilitado que corresponda.

TERCERO: Que por último, también en forma subsidiaria, se funda el recurso en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, causal que se configuraría porque los

sujetos activos no lograron infundir temor a la ofendida, ni se afectó su libertad, debido a que ella se opuso a su accionar, insultándolos y amenazándolos, provocando su huída, de manera que no existió intimidación, por lo que solicita se anule la sentencia y acto seguido se dicte fallo de reemplazo que absuelva al imputado o cuando menos se considere que no concurre la agravante de pluralidad de malhechores.

CUARTO: Que por la causal principal se centran los reclamos en la inexistencia de una situación de flagrancia que hubiere permitido la detención del imputado y en que, con posterioridad, haya sido objeto de diligencias de investigación expresamente proscritas para el caso de jóvenes infractores de la ley penal.

QUINTO: Que, el artículo 130 del Código Procesal Penal autoriza la detención **por cualquier persona** en caso de flagrancia, debiendo entenderse que se encuentra en tal situación aquél que actualmente se encuentra cometiendo un delito, el que acabare de cometerlo, el que huyere del lugar de comisión del mismo y fuere designado por el ofendido u otra persona como su autor o cómplice, el que en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar de su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y el que las víctimas de un delito que reclamen auxilio o testigos presenciales, señalaren como autor o

cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato. Esa misma disposición define como tiempo intermedio para los efectos señalados en las letras d) y e), el que transcurre entre el hecho y la captura del sujeto, siempre que no alcance más de doce horas.

SEXTO: Que el régimen legal de la flagrancia en nuestro país no es estricto, pues a la flagrancia propiamente tal, esto es, aquella en que el agente se encuentra actualmente cometiendo el delito, se agregan otras hipótesis donde lo ostensible o evidente no es tan claro y, por lo mismo, se acercan más a la sospecha.

SÉPTIMO: Que de acuerdo a los antecedentes que arroja la causa y lo expuesto por los intervinientes, no hay duda alguna que la actuación que se critica se inserta en el marco de una detención en situación de flagrancia.

La detención por civiles a quien se sorprendiere en delito flagrante se encuentra expresamente autorizada por el artículo 129 del Código Procesal Penal, con la única limitación de entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima.

En la especie, luego de oír los gritos de la ofendida, su hijo inicia la persecución de los sujetos que ve correr justo frente a la casa sin perderlos de vista en ningún momento, siendo socorrido por un vecino quien ayudó a reducir al imputado, al que entregan a los policías que arriban al lugar. Tal circunstancia corresponde con

exactitud a la situación de flagrancia contemplada en el artículo 130 letra e) del Código Procesal Penal, procedimiento que fue revisado por el tribunal de alzada de conformidad al artículo 132 bis del mismo ordenamiento procesal penal, resolviéndose que la detención se encontraba ajustada a la legalidad vigente.

OCTAVO: Que en torno a la existencia de diligencias respecto de la persona del imputado, dadas las circunstancias de la detención por civiles, como se expuso, y ante la carencia de cualquier elemento de identificación, éstas se inscriben dentro de las medidas que para este efecto la ley permite, incluso en el caso de adolescentes, dados los términos del artículo 31 de la Ley N° 20.084.

El registro de vestimentas está contemplado expresamente dentro del procedimiento de identificación que regula el artículo 85 del Código Procesal Penal, y si bien no se estaba ante un control de identidad, nada impide que ese examen se realice cuando la identificación del imputado detenido en flagrancia no ha podido ser verificada ni menos la minoría de edad que sólo con posterioridad pudo ser constatada.

Respecto de los reconocimientos que impugna la defensa, es efectivo, como asienta el fallo, que se trataba de identificar como interviniente en el hecho, es decir, su pertinencia estaba supeditada a la provisionalidad de la misma diligencia que sólo sirve como medio inicial para las posteriores investigaciones de tipo identificatorio y no constituyen

prueba apta para destruir la presunción de inocencia.

Al efecto dice la sentencia que: *Fluye de la prueba presentada, que el policía sólo quería verificar que la persona detenida, fuera la misma que ella había sindicado como autora de un robo, actividad que implica la diligencia mínima para asegurar que no se trate de una detención falsa o errónea. No es propiamente una diligencia investigativa, Sino que se trata de un procedimiento de resguardo de confirmación de la flagrancia cuando hay imputación de un delito. Estas actuaciones, en definitiva, sólo buscan evitar un error en la identidad de la persona detenida ...*”. Es evidente entonces que el tribunal oral razona sobre la base de que se obró con el único fin de verificar la identidad del imputado, lo que se ve refrendado con la diligencia policial encaminada a ese objeto, particularmente si, como sucedió en la especie se trató de un procedimiento tras una hipótesis de flagrancia contexto en el cual el detenido es trasladado a la unidad policial. Ajena a estas específicas gestiones no hubo diligencia de investigación alguna que afectara los derechos que reclama la defensa, procediéndose con la persona imputada de acuerdo a lo ordenado en los artículos 83 letra b) y 129 inciso primero y 131 inciso segundo del Código Procesal Penal.

NOVENO: Que en razón de lo manifestado precedentemente y analizados los hechos a la luz de las disposiciones y formas legales atinentes a la materia, en el caso de marras no se han infringido los derechos que indica la defensa, pues

fluye de manera inequívoca que la decisión no se sustenta en alguna prueba incriminatoria que encuentre su origen en diligencias o actuaciones declaradas nulas u obtenidas sin respetar garantías constitucionales, por lo que resulta inconcuso que las alegaciones de invalidación apoyadas en la causal principal aparecen carentes de fundamento, lo que conduce inequívocamente al rechazo del recurso por esta fracción inicial.

DÉCIMO: Que de manera subsidiaria la defensa se asila en la causal del artículo 373 letra e) del Código Procesal Penal, en conexión con los artículos 342 letra c) y 297 del mismo código, pues asegura que la sentencia se aparata de las reglas de la sana crítica en lo que atañe a la justificación de la intimidación y a la participación.

Al efecto cabe consignar que los sentenciadores son libres en lo que respecta a la valoración de la prueba, con sólo las limitaciones que establece el artículo 297 del Código de Procedimiento Penal, esto es, las máximas de la experiencia, la lógica y los conocimientos científicos afianzados, extremos que de acuerdo a lo expuesto en estrados y del análisis del fallo cuestionado no aparecen transgredidos. Tampoco corresponde a este Tribunal revisar dicha ponderación o sus fundamentos, por ser facultad privativa de los jueces del Tribunal del Juicio Oral, únicos que están en situación de ponderar y valorar la prueba que han percibido directamente en la audiencia, elemento que es de la esencia del sistema procesal

penal y que conforma el principio de la intermediación.

Del análisis de la sentencia no aparece que falten aquellos adecuados raciocinios que condujeron al tribunal a valorar la prueba de cargo en desmedro de la teoría de la defensa, pues basta la lectura de los motivos noveno a décimo tercero para corroborar que el fallo satisface las exigencias de fundamentación en torno a la prueba rendida y no puede ser considerado como un acto carente de aquel proceso intelectual razonado y lógico que conforme con las disposiciones legales aplicables pesa sobre los sentenciadores, sin que la distinta apreciación del impugnante pueda significar la configuración del vicio que sustenta esta causal, la que también habrá de ser desestimada.

UNDÉCIMO: Que por último, también de manera subsidiaria y por la causal del artículo 373 letra b) del código procesal del ramo, aduce el recurrente que no existe en los hechos intimidación, supuesto necesario para estar en presencia del tipo penal por el que se sanciona al imputado.

Basta decir para su rechazo que la sola resistencia de la ofendida no hace desaparecer la intimidación, único antecedente en el que se asila el recurso. Según razona la sentencia, la existencia de sujetos que ingresan al interior del local de la ofendida, con armas aparentemente de fuego, lo que motiva los gritos de ésta y llamados de auxilio, es una acción suficientemente intimidatoria, amenazante y seria, dirigida a obtener el apoderamiento de especies de la

víctima, por lo que el tribunal oral ha hecho una correcta calificación de esos hechos al subsumirlos en el delito de robo con intimidación que reprime el artículo 436 del Código Penal.

En tal entendimiento, la sentencia impugnada ha sido extendida sin incurrir en el vicio de nulidad contemplado en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal toda vez que satisface la exigencia que la defensa considera omitida o inexistente.

DUODÉCIMO: Que la prueba rendida en la audiencia no tiene mérito suficiente para justificar los quebrantamientos esgrimidos, toda vez que de ella no aparece que se hayan efectuado diligencias o actuaciones nulas o bien obtenidas sin respetar determinadas garantías constitucionales, sino más bien ratifica la existencia de prueba incriminatoria contra el imputado que sirvió de sustento a la convicción del tribunal.

DÉCIMO TERCERO: Que en consecuencia y de todo lo analizado se concluye que los Jueces del Tribunal Oral al dictar la sentencia impugnada han cumplido a cabalidad con las normas legales que rigen la materia, sin que se advierta en ello algún vicio de los que invoca el recurrente, por lo que se desestimaré el recurso por las tres causales esgrimidas.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 297, 342, letra c), 372, 373, letras a) y b), 374, letra e), 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de

nulidad interpuesto por el defensor penal público Alejandro José García García, en representación del imputado H. O. I. P. C., en contra de la sentencia definitiva dictada por el Tribunal Oral en Lo Penal de San Antonio, el nueve de julio de dos mil doce, declarándose que ella no es nula como tampoco lo es el juicio oral que le sirvió de antecedente.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Künsemüller y Brito, quienes estuvieron por acoger el recurso de nulidad por verificarse los supuestos que hacen procedente la causal principal esgrimida, esto es, por haberse afectado en el curso del procedimiento derechos y garantías fundamentales reconocidas a favor del adolescente imputado.

Al efecto, los disidentes entienden que la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes, fijó un régimen jurídico autónomo para el tratamiento de infracciones a la ley criminal cometidas por menores de dieciocho y mayores de catorce años de edad, estableciendo un estatuto diferenciado en aspectos sustantivos y procesales en relación al sistema penal de los adultos, para de esa forma dar cumplimiento a compromisos asumidos por la nación al suscribir tratados internacionales sobre la materia, y así asegurar un modelo garantista y moderado respecto de los jóvenes infractores, apoyado en principios emanados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Sobre la materia propuesta en el recurso es menester recordar que el artículo 31 de la ley especial dispone,

a propósito de la detención en caso de flagrancia, que Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán poner a los adolescentes que se encuentren en las situaciones previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, a disposición del juez de garantía, de manera directa y en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder de 12 horas. La audiencia judicial que se celebre gozará de preferencia en su programación. El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad.

Como se ha evidenciado en estrados y así también se advierte de la sentencia impugnada, las diligencias posteriores a la detención del imputado excedieron la mera constatación de su identidad, pues claramente apuntaron a la determinación de la responsabilidad del adolescente en el delito de que se acababa de tomar conocimiento. Fotografiar al imputado para exhibirlo a la víctima constituye una diligencia de investigación cuya finalidad es determinar la participación que le ha cabido en los hechos, actuación que la ley prohíbe para el caso de adolescentes infractores a la ley penal, todo lo cual se verificó, además, en ausencia de su defensor. En consecuencia, en la especie, los funcionarios policiales excedieron el restringido ámbito de sus atribuciones en esta actividad, vulnerando la presunción de inocencia que le asistía, el debido proceso

y las disposiciones que gobiernan la especialidad del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, consagrados en los artículos 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño.

El Ministro **señor Brito** también tuvo en consideración que la norma contenida en el artículo 125 del Código Procesal Penal, que reproduce la del artículo 19 N° 7 letra c del texto constitucional, consagra la regla que la detención en flagrancia constituye una excepción a la norma general de detención por orden de funcionario público expresamente autorizado por la ley, de manera que su aplicación supone la constatación rigurosa de los supuestos que la hacen procedente. En la especie no se advierten circunstancias de excepción que autorizarían flagrancia material o ficta. La hipótesis del persecutor supone el señalamiento preciso del hechor por parte del ofendido o de algún testigo presencial, o el hallazgo de huellas, instrumentos o señas visibles que permitan presumir sin riesgo de error que es el autor del hecho; nada de lo cual ocurre. La ostensibilidad como exigencia de la flagrancia en la especie no se satisface con la persecución de un sujeto que corre en la vía pública si no hay datos certeros, esto es no

bastan meras sospechas o presunciones de que alguien es partícipe del delito. Si, como consta del fallo, hubo de procederse a exhibir al detenido a la víctima para lograr certeza de su intervención en los hechos no hay delito flagrante.

Tal vicio se manifiesta en la infracción sustancial al derecho a la libertad personal del acusado al ser trasladado a un cuartel policial para hacerse a una diligencia de reconocimiento por la víctima en un procedimiento iniciado al margen de la legalidad vigente, lo que hace procedente la nulidad del juicio y la sentencia como reclama la defensa.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller y de la respectiva disidencia, su autor.

Rol N° 5601-12

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Juan Escobar Z. No firman los Ministros Sres. Künsemüller y Brito, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ambos en comisión de servicios.

DIVISIÓN DE ATENCIÓN
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL ¿INTERVINIENTE O SIMPLE MEDIO DE PRUEBA? PERSPECTIVA DESDE LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS SEXUALES Y LA ENTREVISTA ÚNICA

Oswaldo Ossandón Sermeño¹

Introducción

- I. Planteamiento del Problema**
- II. La víctima en la investigación de delitos sexuales**
- III. La entrevista única**
 - A) Características y requisitos
 - B) La experiencia internacional

Conclusiones

Introducción

Durante el primer año de la carrera de derecho, un profesor llevó al curso de Introducción al Derecho a una visita al Servicio Médico Legal, donde presentamos por primera vez una autopsia. Asistimos a varias más posteriormente, pero desde esa primera oportunidad fuimos considerando una idea respecto de los efectos del delito en la naturaleza ser humano, es decir, en el ser mismo de la víctima. Porque al ver como realizaban diversas operaciones en el cuerpo me di cuenta que dicha visión no generaba la misma aflicción o era mucho menos impactante de lo que podría esperarse, o que la visión de la imagen de una persona cruelmente herida, por ejemplo. Y eso que el trabajo de la autopsia es infinitamente más invasivo y dramático.

La diferencia estaría, posiblemente, en la ausencia de vida de aquellos cuerpos. En que eran simplemente “objetos”. Dignos de respeto, por cierto, pero objetos que habían abandonado su condición de sujeto, y ahora eran meros “objetos periciados”.

La idea subyacente en esto es que el efecto final de un delito como el homicidio, las lesiones o la violación, en un ser humano, es que en forma ilegítima un ser humano le quita a otro ser humano lo más intrínseco de su propia esencia: el ser un sujeto de derecho, para convertirlo, por su mano, en un *objeto*.

1 Fiscal Jefe de la Fiscalía Local de Villa Alemana, Fiscalía Regional de la V Región Valparaíso, Ministerio Público.

Esta suerte de trasmutación de humanidad a simple materia, en la medida que es ilegítima se hace más cruda. Pero no por ser legítima, o lícita en el mejor de los casos, deja de ser una profunda negación del ser. Pues cuando se mata en legítima defensa, puede ser un acto legítimo, incluso en el orden moral, pero no por ello es menos impactante en su efecto.

El punto es que cuando se objetiviza a un ser humano para tratarlo como un mero objeto, aunque sea de forma lícita, literalmente hablando, no podemos dejar de preguntarnos si no podemos hacer algo para impedirlo.

Porque eso es precisamente lo que pasa cuando, basado en nuestras propias leyes del ramo, tratamos a la víctima como a un objeto. Cuando la víctima pasa de ser el sujeto de derecho, a ser un simple medio de prueba.

El presente trabajo tiene como objetivo explorar desde esta perspectiva la condición especial de la víctima de delitos sexuales y violentos, y como se puede caer en la “cosificación” de las mismas por la necesidad de su declaración en juicio; para proceder luego a analizar la institución de la Entrevista Única, como uno de los medios utilizados en otras legislaciones para disminuir la revictimización de los menores.

I. Planteamiento del problema

En el mensaje con que el ejecutivo envía el proyecto del Código Procesal Penal al Congreso, por el año 1995, se establece como principio que la víctima es uno de los pilares del nuevo proceso, haciendo eco de lo que se señalaba en las cátedras penalistas sobre la necesidad del legislador de “devolver” a la víctima el poder o dominio sobre su propia causa, la cual aparecía como “expropiada” por el Estado e inmersa en un proceso casi kafkiano. El citado mensaje señala sobre las modificaciones: *“Entre las más importantes están aquellas que le otorgan a la víctima el carácter de sujeto procesal aun en el caso de que no intervenga como querellante reconociéndole un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación”*. Y más adelante: *“Parece necesario destacar también la introducción a nivel de los principios básicos del sistema el de la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos”*².

Efectivamente, en el proceso penal se aprecian figuras que fortalecen la posición de la víctima como un interviniente en el proceso. Un interviniente al que hay que escuchar, tomar en consideración, independiente de las obligaciones que nuestra ley orgánica establece para con éstas, en torno a darle protección principalmente.

2 Mensaje de S.E. el Presidente de la República, don Eduardo Frei Ruiz-Tagle, con que inicia un proyecto de ley que establece un nuevo código de procedimiento penal: Boletín n° 1630-07. Rev. Derecho (Valdivia), ago. 1999, vol.10 supl, pp. 177-191. Issn 0718-0950.

Ejemplos de ello son la trilogía de misiones del artículo 6 del CPP que, primero, exigen al Ministerio Público “*velar por la protección de la víctima en todas las etapas del procedimiento penal*”; segundo, exhorta al fiscal a promover “*acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima*”. Y, por último, la obligación de la policía y demás organismos auxiliares de “*otorgarle un trato acorde a su condición de víctima*”.

Sin perjuicio de ello, consagra el CPP todo el Párrafo 6° para establecer la calidad de sujeto procesal de la víctima, y establecer sus derechos del artículo 108 al 110.

Sin embargo, pese a estos y otros ejemplos, es curioso que en la práctica se retrotraigan los avances en cuanto a derechos de la víctima, en puntos más álgidos que los citados y que requerirían mayor protección del Estado, como lo es el tratamiento de menores de edad víctimas de delitos sexuales y violentos. Si bien trataremos más adelante lo especial de estas víctimas dentro del concierto que nos ocupa, no podemos dejar de tan solo mencionar (pues daría para toda una ponencia dedicada al tema) que cierta interpretación jurisprudencial del artículo 320 del CPP hace que menores sean revictimizados y tratados como objetos³, a los que literalmente alude dicho artículo, y a los que a pesar de la prevalencia de los derechos del niño por sobre otros del CPP, algunos tribunales obligan a volver a declarar con peritos y personas que no son de su confianza, tan sólo para intentar desvirtuar peritajes ya realizados por profesionales objetivos, con otros por definición parciales hacia la defensa.

La excusa en que se apoya esa práctica va más allá del mero derecho de la defensa a producir su propia prueba, sino a una supuesta imposibilidad de separar el testimonio del niño de su persona. Es decir, cosificando al menor como objeto periciable. Más adelante abordaremos un medio de poder evitar este vicio, garantizando los derechos de todos los intervinientes.

Cambiando de fuente, y siguiendo sobre la calidad de la víctima en general, el Plan Estratégico del Ministerio Público, parte reconociendo que, a la fecha de su creación, en el 2008, en los delitos sexuales, existían debilidades que influían en la vulnerabilidad de la víctima y las tasas de victimización secundaria. Por otro lado, las víctimas de violencia intrafamiliar bien podían llegar a constituir un 9% de los casos ingresados al sistema, y, por el contrario, con un alto índice de aparición del fenómeno de la retractación⁴.

En consecuencia, establece el Plan Estratégico para el año 2009-2015, en que la víctima es un “*Cliente, Usuario y/o Beneficiario Prioritario del Ministerio*

3 Sobre recurso de protección acogido contra resolución del Tribunal de Garantía, ver I.C. Chillán, 16 de junio 2004 ROL IC 2985-2004; I.C. Antofagasta, 4 de diciembre 2003, Rol IC 16.763-2003; sobre recurso de protección rechazado que acoge resolución del Tribunal de Garantía, ver I.C. Chillán 27 de julio 2004, Rol IC 2.994-2004.

4 Plan Estratégico Ministerio Público 2009-2015. Ministerio Público, República de Chile, primera edición, abril 2009, pp. 27-28.

Público”, e incorpora tanto en su Visión como en la Misión de la Fiscalía de Chile, la adecuada atención y protección de la víctima. Prescribe como un lineamiento estratégico de nuestra institución el “*Potenciar la Atención y Protección de éstas*”⁵.

Aclarado el punto de la importancia que tiene la víctima en el sistema actual, nos encontramos con el problema que al reconocer a la víctima como la propietaria de su acción, también le otorgamos un rol colateral, pues la transforma en condición del resultado del ejercicio de la acción. No bastaría solamente, pues, que se cumplieran los requisitos del tipo penal, sino que la víctima además esté dispuesta a mantener su pretensión en juicio, al menos con su testimonio.

En la práctica, en tribunales vemos numerosos ejemplos de la necesidad de esta conducta de la víctima, que sólo es perdonada por el sentenciador, en la medida que se acredite que estuvo imposibilitada de ejercer su derecho.

Por ejemplo, el creciente ingreso de causas por violencia intrafamiliar en las que, incluso después de que el Estado ha actuado deteniendo al agresor, formalizando y decretando cautelares, al momento de enfrentar un juicio la víctima manifiesta su deseo de no continuar el proceso, o incluso retractándose al punto de falsear los presupuestos que dieron origen al caso.

O bien, aquellos casos en que las víctimas de robos en lugar habitado no desean involucrarse en los procesos posteriores, imbuidas de un temor a verse expuestas en sus barrios. Y el caso más dramático, cual es el de las víctimas de robos con intimidación o violencia en el que los imputados logran tener acceso a sus identidades, amparados en supuestas garantías, para luego comenzar una campaña de amedrentamiento contra víctimas y testigos que pueden culminar en no poder sostener por nosotros la acción en juicio.

En muchos casos, en definitiva, entendemos que la víctima es más que un interviniente, o un sujeto del derecho que finalmente perseguimos. Sino que es su testimonio el principal elemento para poder lograr el fin constitucional que tenemos encomendado. Por lo que, por nuestra parte, se transformaría en un *medio de prueba* para lograr el castigo del antisocial. Y para los tribunales, sería la condición necesaria para que el sujeto imputado sea sancionado. Siguiendo este orden de ideas, un fracaso en el resultado puede achacársele a la propia inactividad de la víctima.

Sin embargo, cuando el destino de un caso concreto depende de la actividad de una víctima que se encuentra afectada en tal grado por las circunstancias del delito, que le impide adoptar la decisión de seguir adelante, obviamente debemos asumir nuestra cuota de responsabilidad si no hemos utilizado los recursos para brindarle la atención y protección necesarias para lograr su

5 Op. cit., pp. 35-40.

colaboración, y, por que no, exigir que se asuman aquellas compartidas por los otros intervinientes del sistema.

En el tipo de delitos donde mejor se vería esta función dialéctica de la víctima, de ser sujeto y a la vez un medio de prueba, es en los delitos de carácter sexual, y de entre ellos, los referidos a víctimas menores de edad.

La razón de ello puede estar en la no separación de la víctima como único testimonio del hecho punible, y a la vez cuerpo del delito.

II. La víctima en la investigación de delitos sexuales

Cuando estamos frente a la investigación de delitos sexuales, no podemos desconocer lo gravitante que es el testimonio de la víctima en el proceso, al punto de poder señalar que es la piedra angular sobre la que edificamos el caso, y decir que la práctica indica que “todo” se trata de la víctima, y que el resto de la prueba no hace más que afirmar o darle credibilidad y coherencia a su relato. En muchas ocasiones la prueba física del SML indica la *acreditación* de un hecho punible, pero la *participación* es un elemento que aún se basa en la víctima. Salvo, por cierto, los pocos casos en que contamos con evidencia biológica indubitada, aunque representan un bajo porcentaje del total.

Como ya habíamos adelantado, la naturaleza de los delitos de connotación sexual tiene ciertas particularidades que hacen residir en la víctima gran parte de lo necesario para dilucidar el caso. Primero, son realizados en un contexto de clandestinidad, donde el único testigo del hecho pasa a ser la propia víctima. Además son actos cometidos sobre el mismo ser humano, por lo que la víctima además es el propio cuerpo del delito. Y por cierto, ella es la principal ofendida, y sobre quien deben examinarse otros elementos del tipo penal, como la relevancia, o el ánimo lascivo, por ejemplo.

En cuanto a los Tribunales de Justicia y el valor que éstos dan a los testimonios de las víctimas, hemos tomado como material de estudio ciertas estadísticas proporcionadas por la Fiscalía Regional de Valparaíso, entre ellos un trabajo que fue encargado por especial preocupación del Fiscal Regional Don Pablo Gómez Niada a su grupo de abogados asesores.

Para referencia, y validez de estos datos, hay que recalcar que la Fiscalía Regional de Valparaíso, individualmente considerada es la segunda de mayor ingreso en el país, sólo superada por la Fiscalía Metropolitana Norte, y seguida de la Fiscalía Metropolitana Oriente, según cifras del año 2011. Sin embargo, en la V Región, la Reforma entró en vigencia hace nueve años, el año 2003, lo que nos constituye hoy en un buen referente de cómo incidentan los factores planteados en las decisiones de los tribunales y muestra una realidad que bien puede replicarse a otras zonas del país.

En general podemos decir que durante el 2011, en la región indicada, se terminaron alrededor de 2800 relaciones referentes a delitos sexuales, de las cuales por vía judicial se terminó por sentencia un aproximado de 560, y menciono éstas porque en aquella temática es que la víctima cobra relevancia tanto para la condena como para la absolución. A saber, durante el mismo año ingresaron alrededor de 2290 causas de esta familia de delitos.

Ahora bien, durante el año 2011 en toda la Región de Valparaíso se realizaron alrededor de 1092 juicios orales, de los cuales 822, o sea un 75%, terminó con sentencia condenatoria y 270, es decir un 25%, con absolutoria.

Volviendo a lo específico, de lo último, hubo un total de 36 absoluciones en juicios orales sobre delitos sexuales el año pasado en la V Región. Un 13% del total de juicios orales absueltos en el año.

De esas 36 absoluciones, 23 de ellas fueron fundamentadas en estas supuestas “deficiencias” de la víctima, donde los tribunales usan como argumento: *“Se estima que el relato de la víctima es impreciso”, “Menor no declara por victimización secundaria y Defensa introduce peritaje que plantea dudas sobre el relato otorgado durante la investigación”, o “Inconsistencia en la declaración de la víctima”, “víctima no declara o no da datos suficientes del hecho denunciado”, etc.*

Sin embargo, podemos generalizar sin acomplejarnos, que en todos esos casos la víctima fue considerada gravitante como medio de prueba, al punto que su testimonio determinó la suerte del caso. No recuerdo ninguno en que se me haya referido que la víctima no haya comparecido, o que se haya condenado en su ausencia, pero sí recuerdo más de uno, al menos, en que con víctima retractada pudimos conseguir una condena.

Al respecto, en juicio reciente RUC **0910017950 - 1**, RIT **287 – 2011** del TOP de Viña del Mar, se señaló para fundamentar la condena en un caso de una menor que no quiso dar referencia a los jueces sobre el abuso en sí:

“El tribunal comparte los dichos de la Perito Psicóloga XXX respecto a la capacidad testimonial de la víctima, lo cual ratificó también la testigo psicóloga YYY, ya que la menor ofendida demostró ser una menor lúcida, con un lenguaje acorde a su edad, limitándose a declarar de manera específica sólo lo que se le consultaba. Si bien ella no hizo referencia a los hechos materia de la acusación, ello no es óbice para dar por establecido el hecho punible denunciado y la autoría del acusado en el mismo, porque tal como lo sostuvo la perito, resulta del todo comprensible que por mecanismos psicológicos justificados, la niña no quiera hacer referencia a los hechos que le afectaron, y de hecho, ella le manifestó a estos jueces su preocupación y tristeza de venir a declarar, incomodidad que también le manifestó previamente a sus psicólogas. De otra parte, existe prueba que permite dar por establecidos –más allá de toda duda razonable– las circunstancias anteriores.

Resulta muy relevante, que no sólo la madre de la víctima, sino también terceros imparciales como lo fueron las dos policías que entrevistaron a la menor el día siguiente a la comisión del delito, reprodujeron lo señalado por la menor, haciendo alusión a los hechos que ha dado por establecidos el tribunal”.

En este tipo de causas con resultado de condena, vemos que lo que determina finalmente la suerte del imputado es la credibilidad del testimonio de la víctima, o incluso la credibilidad de su silencio, como en el caso arriba señalado. Pues tomando este ejemplo, ante una niña que guardaba silencio sobre lo que le pasó, lo que salvó el juicio fue que la menor había sido interrogada unas cuatro o cinco veces: por su madre, por carabineros, por la PDI, por la perito de credibilidad y por la psicóloga de reparación, a la que había sido derivada y que presentamos como prueba nueva cuando anticipamos una retractación.

En este proceso uno empieza a preguntarse si es primero el “huevo o la gallina”. La victimización o el proceso. ¿Tuvo que declarar tantas veces porque estaba muy dañada, o fue dañada por declarar tantas veces?

Como corolario, para entroncar con el tema siguiente, debemos mencionar que en dicho caso el proceso de retractación se gatilló por la primera suspensión de la audiencia de juicio oral, que hizo aparecer un cuadro de estrés a la menor, y que puso en peligro su asistencia a la audiencia definitiva. Si no nos hubiéramos dado cuenta de ese efecto, quizás la menor no hubiera comparecido, o bien no hubiéramos preparado el escenario y engrosaríamos consecuentemente la estadística de absoluciones por “deficiencias” de la víctima.

En consecuencia, tanto en el evento de haberse obtenido una condena, o de lamentarse una absolución, requerimos del testimonio de una víctima que, para todo evento, podamos usar en nuestra pretensión punitiva.

La pregunta es si, como dijimos anteriormente, tenemos realmente la facultad de decidir sacrificar ciertos derechos inherentes de los menores víctimas de abuso, en pro del mismo derecho de estos niños de ser amparados por el Estado y que se castigue a los responsables de conculcarles otros derechos.

Por cierto que salvamos esta aparente paradoja moral y jurídica al comparar el valor de cada derecho, como el de la administración de justicia y el de la protección de la integridad sexual de los menores, pues cierto es que son de un peso que nos hace sobrellevar la carga de la victimización secundaria, la cual es de por sí inevitable, y sólo atenuable.

Pero lo que estamos señalando es que, en la práctica, tanto como de victimizar secundariamente al menor para lograr el castigo de su agresor, de lo que debemos de tener cuidado como institución, como profesionales, o incluso como servidores públicos, es de, además, “cosificar” a las víctimas, transformándolos en meros medios de prueba.

El riesgo es, pues, considerar a los menores como objetos que pueden ser llevados y exhibidos en juicio como si fueran una prenda ensangrentada o una camisa desgarrada por la acción del delincuente. Por lo tanto es nuestro deber no sólo tratar de minimizar los efectos de la inevitable victimización secundaria, sino que hay que tratar de compatibilizar la correcta obtención de medios de prueba, sin desconocerle la calidad de sujeto a la víctima.

Aparentemente, la única oportunidad en que se puede garantizar el debido respeto a todas estas necesidades, es en la obtención misma del medio de prueba. Pues si se hace con respeto a la persona y derechos de todos los intervinientes, se consiguen ambos objetivos, compatibles con las exigencias de una persecución penal eficiente en los términos comprendidos en nuestro Plan Estratégico.

Por cierto que depender de la declaración de la víctima en el juicio oral podría incitar a que se le utilice como medio para probar nuestra pretensión, o por los sentenciadores para fundamentar su decisión, o por la defensa como oportunidad de desvirtuar la acción, etc. Asimismo, mientras que se considere inseparable el testimonio de la víctima de su persona, será tratada como objeto para efectos de que la defensa solicite pericias de su conveniencia, se trate de desacreditar su idoneidad moral, etc.

Por ello aparece como importante buscar un sistema acorde con estos principios, pues de más está decir que el actual sistema establecido en el CPP no excluye la presencia del menor en juicio. Uno de ellos es la Entrevista Única, que se utiliza en diversos países, de tradiciones jurídicas distintas, más no aplicable en Chile.

En nuestro país, existe un sistema de declaración anticipada que busca resguardar el testimonio para el juicio, produciéndolo previo a éste, cuando se acredita que existe un riesgo de que el menor de edad no esté en condiciones de declarar en el futuro juicio por razones, principalmente psicológicas.

Presupone la declaración anticipada que se materialice con la presencia de todos los intervinientes, que es, como veremos más adelante, un requisito común al sistema de Entrevista Única, y aquel que permite excluir la presencia del menor en el juicio oral. Sin embargo, también hay que señalar que la declaración anticipada no exime a todo evento al menor de presentarse al juicio, sino que puede forzarse su comparecencia de no mantenerse las condiciones que motivaron la declaración anticipada.

III. La entrevista única. Características, requisitos y experiencia internacional

La entrevista única, como dijimos, es uno de los sistemas considerados al momento de reducir los efectos del proceso penal en los niños. Y como es una

institución no aplicada en el sistema procesal chileno, procederemos a enunciar algunas de sus características, basados principalmente en la experiencia internacional sobre el tema, comentando éstas en su oportunidad.

A) Características y requisitos

La entrevista de menores para delitos sexuales ha sido tratada por diversos autores en el área psicológica, y asimismo abordada desde el punto de vista de la entrevista clínico pericial, materias sobre las que existen por lo menos un par de documentos de trabajo interinstitucionales dirigidos por el Ministerio Público⁶.

Ahora bien, la entrevista única como tal, es decir aquella que podemos definir como: **“herramienta jurídica para minimizar la victimización secundaria de los menores, procurando obtener un eficiente y útil relato de los hechos”**, no ha sido sistemáticamente tratada en la doctrina nacional, sin perjuicio de ser últimamente mencionada por algunos autores, y lo que hemos hecho es tratar de identificar sus principales características y requisitos de acuerdo a lo que hemos recopilado de autores que han expuesto en seminarios internacionales sobre la materia, entre los que cobran especial relevancia los convocados por la Fundación Amparo y Justicia en años recientes. A raíz de ello hemos advertido, por su parte, que en publicaciones de autores extranjeros, en nuestro idioma principalmente argentinos y españoles, éstos concuerdan en los puntos que ahora sintetizamos.

En consecuencia, sus principales características serían que:

- a) La entrevista única (en adelante EU) **supone reducir al mínimo las declaraciones del menor de edad** víctima de abuso sexual, con el objeto de disminuir la victimización secundaria causada por el propio proceso judicial. Se puede decir que la EU “debe tender a 1”, considerando imposible que la víctima no deba relatar previamente el hecho a alguna figura (lo que llamamos “develación”), y luego por ella misma o por esta figura en el proceso de la “denuncia”.
- b) Si bien se refiere y aplica a menores de edad, es **extrapolable a toda víctima de atentados sexuales**, y, por cierto, no distingue entre sexos, o entidad del abuso. También he escuchado a intervinientes del sistema que la considerarían aplicable a víctimas de cualquier delito violento (por ejemplo un menor víctima de secuestro).
- c) Su principal característica debiera ser que **supla la declaración del menor en juicio oral**, y por lo tanto evite que se incida en victimizaciones secundarias

⁶ Sobre lo señalado ver “Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio, 2008” y “Guía para la evaluación pericial de daño en víctimas de delitos sexuales, 2010”, Ministerio Público de Chile.

por el proceso, en especial, el que dependa el resultado del juicio de su declaración y presencia. Al respecto cabe señalar que en algunos ordenamientos jurídicos, las entrevistas de este tipo no suplen necesariamente a la víctima en estrados, pero sí son medios presentados en juicio y de esa forma complementan la declaración del menor.

Para cumplir adecuadamente con estas características, en especial la última mencionada, se deben reunir los siguientes requisitos:

- a) Supone que es materializada en un soporte apto como **registro audiovisual**. Ello implica que debe presuponerse la facultad de grabar a los menores de edad en su declaración, ya sea si se requiriera autorización de padres, autoridades, etc. según el sistema procesal donde se implemente.
- b) Un requisito indispensable para su adecuada implementación es que debe ser realizada por un **profesional experto** en ese tipo de toma de declaraciones. El que realiza la entrevista debe ser capaz de abordar todos los aspectos necesarios para los intervinientes, sin descuidar el cuidado y respeto por la víctima. De fallar en su tarea, la declaración del niño será incompleta o defectuosa, lo que necesariamente implicará la reiteración de la misma, contradiciendo su propio espíritu. A ello nos referimos con el concepto que debe ser una forma eficiente de obtener un relato de los hechos.
- c) El requisito óptimo viene a ser que sea efectuada en un **ambiente adecuado**, en cuanto a no exponer al menor a un entorno hostil y victimizante. Además debe tener los medios y formas de registro suficientes y adecuados para el mismo fin.
- d) Por último, y derivado de los requisitos y características anteriores, debe ser **presenciada por quienes tengan el derecho y/u obligación de intervenir en la causa**. De esta manera la EU será útil, pues podrá ser utilizada en juicio convenientemente. Por cierto que deben asistir el fiscal de la causa que dirige la investigación, o la policía que materializa ésta, así como la defensa que representará al imputado, e incluso los organismos estatales dedicados a garantizar el estado del menor, como en algunos países. Todo ello puede incluir al Juez de Garantía en su verdadero rol de garantizador de los derechos de todos los intervinientes, incluso la víctima, en especial si debe equiparar la EU a una declaración en juicio.

En nuestra opinión es este último requisito el que ha propiciado la utilización de sala GESELL, o de vidrio reflectante, doble cámara, etc. para efectos que todos los intervinientes indicados puedan presenciar la declaración sin menoscabar la intimidad propia de la declaración y el trabajo del que entrevista al menor. Aunque también no es menos cierto que si bien este tipo de sala o cámara, diseñada por el psicólogo y pediatra norteamericano *Arnold*

Gesellen el primer cuarto del siglo XX, cumple las condiciones señaladas para la EU, otros expertos en el tema también señalan como propicios otros métodos como el circuito cerrado de televisión.

Sobre lo mismo, existen tendencias modernas, de las que no cabe explayarse en esta oportunidad, que indican que las salas de entrevista más idóneas para niños, no son aquellas con decoraciones, juguetes y colores infantiles, pues generan distracciones y distorsiones en los mismos niños, sino que son más adecuadas las de infraestructura neutra y sobriamente cálida.

B) La experiencia internacional

Chile hoy no cuenta con el sistema de EU en su legislación, sin perjuicio de ello, a lo menos un par de proyectos han sido objeto de trámite legislativo, uno de ellos proponiendo la vía de introducir la figura como modificación al Código Procesal Penal. Por otro lado, fue implementada, bajo el alero de la Fundación Amparo y Justicia una mesa de trabajo intersectorial, orientada en su momento a la preparación de un proyecto de ley sobre la materia.

Sin embargo, es una realidad en diversos países, provenientes de distintas tradiciones jurídicas, y, por lo tanto, con variaciones apropiadas a sus propios sistemas procesales.

Veremos a continuación resumidamente la situación de estos diversos ordenamientos.

a.1) El caso de Israel⁷

Quisimos partir por Israel por ser quizás el que tiene mayor divergencia en tradiciones con nuestro país, y un diferente origen de su sistema jurídico, aunque derivado del sistema anglosajón.

La principal diferencia es que las declaraciones de los menores víctimas son tomados por un Investigador Pericial Infantil, acreditado para ello y absolutamente independiente de los intervinientes del sistema. Es decir, no pertenece a la Fiscalía, a la Defensoría, servicio de menores, tribunal alguno, etc.

Su independencia llega a tal, que es él quien decide si el menor está en condiciones de declarar en juicio. De no estar en condiciones, declara éste en su lugar. La EU es usada como evidencia “corroborativa” de la declaración del Investigador.

⁷ Segundo Seminario sobre Agresiones Sexuales Infantiles. “La debida protección del menor y el éxito en la persecución criminal”. Santiago, Chile. 2009. Fundación Amparo y Justicia.

a.2) El caso español

Dependiendo de la región existen divergencias en los derechos locales, aunque existen varios intentos, como en Barcelona, en la que se hacen acuerdos para que se minimizen las declaraciones de los menores. Ahora bien, existen declaraciones ante psicólogos que siempre son grabadas, pero en general persiste la idea de que los menores deben testificar en juicio. Al igual que en nuestro país, deben ser acompañados y preparados psicológicamente para enfrentar al tribunal. Una condescendencia hacia éstos es que los jueces se quitan la toga en la audiencia para minimizar el impacto.

a.3) En Bélgica

En el país belga sí es usada la EU como prueba en el juicio. Claro que la entrevista es realizada por una dupla policial especializada, pero lo característico es que el niño no estará presente en el juicio, que incluso se hace a “puerta cerrada”.

a.4) El sistema anglosajón

Tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, la grabación en video de la declaración del menor es común, y se toma directamente por especialistas forenses. Ahora bien, no excluye la declaración del menor en juicio, privilegiando el derecho al contrainterrogatorio por la defensa, pero de todas maneras la videograbación es usada como prueba principal en éste.

En el Reino Unido, estas grabaciones son implementadas desde el año 1992, a raíz de los cuestionamientos provenientes de distintas ONG’s que sindicaban la victimización secundaria de los menores como causa de su “defectuosa” declaración, e incidentaba en un bajo número de condenas por delitos sexuales en dicha región⁸.

Sin embargo, a lo menos en Estados Unidos, en algunos estados la entrevista única y previa al juicio ha empezado a tomar fuerza. Al respecto nos señala un juez norteamericano: *“En el juicio, K. testificó, pero no en persona. K. fue la primera niña en testificar a través de una filmación en video bajo la nueva ley de Wisconsin que permite el uso de declaraciones filmadas en video en lugar del testimonio en persona cuando (1) la defensa ha participado en la deposición contra interrogando al niño, y (2) el juez considera que el testimonio en persona tiene una probabilidad significativa de producir daño emocional al niño. K. hizo su declaración cómodamente en la sala del tribunal unas pocas semanas después del asalto, con el incidente todavía fresco en su memoria. Ella podía pasearse por la sala y moverse*

8 **Tony Butler**, Doctor en Psicología, Jefe de Policía del Distrito de Gloucestershire, Inglaterra. Artículo para el Seminario Internacional “Testimony from Children and Adolescent Victims: Cultures and Practicys for Avoiding Revictimization”. Brasilia, D. F. Brasil, agosto de 2009.

en el sofá, con juguetes en sus manos mientras los abogados la interrogaban y contra interrogaban. Pasaron muchos meses antes de que los miembros del jurado vieran la cinta de video, pero K. pudo continuar con su tratamiento, sin estar sometida a la ansiedad sobre el juicio”⁹.

a.5) Situación en Argentina¹⁰

En Argentina la implementación de la EU a través de la implementación de la Cámaras Gesell han ido modificando la realidad de los juicios sobre menores abusados. Proviene de una reforma más o menos reciente a los estatutos del vecino país, obedeciendo a muchas de las mismas complicaciones que nos afectan hoy a nosotros. Afortunadamente, parece ser que se ha asentado el uso de la misma, pasando los controles de constitucionalidad de segunda instancia. Al respecto la Corte de Alzada trasandina asienta sus principios básicos en un fallo sobre un recurso que atacaba la inconstitucionalidad de la EU: *“El art. 250 bis del C.P.P.N., aporta un nuevo procedimiento para la recepción de declaraciones de menores damnificados por delitos de lesiones y contra la integridad sexual. En esos casos el juez queda relevado de interrogar, practicándose tal medida a través de personas expertas en el tratamiento de menores, tales como psicólogos o eventualmente psiquiatras. De tal modo, lo que se evita es la revictimización del niño ante el interrogatorio de sujetos, tales como jueces o empleados del tribunal, que por no haber sido formados en la materia provoquen un nuevo perjuicio. No se ve vulnerada la garantía de juez natural, ya que sigue controlando el interrogatorio por interpósitas personas. Este procedimiento especial, que torna efectivo el cumplimiento del art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, no vulnera el derecho de defensa en juicio, ya que tanto el tribunal como las partes tienen la facultad de seguir las alternativas del acto, desde el exterior del recinto denominado “Cámara Gesell”. Inclusive, las partes pueden controlar la prueba al sugerir preguntas cuya formulación al menor queda a criterio del profesional que lleva a cabo el interrogatorio. Por ello, corresponde confirmar el auto por el que se rechaza el planteo de inconstitucionalidad del art. 250 bis del C.P.P.N.”* (Bruzzone, Elbert. (Prosec. Cám.: Fernández de Cuevas). 24987_1 B., R. A. 28/12/04 c. 24.987. C.N.Crim. y Correc. Sala I).

a.6) La experiencia colombiana

Colombia está viviendo su propia reforma procesal penal, aunque a la inversa de lo que fue en nuestro país, pues partieron por las regiones más pobladas, incluida la capital, para luego extenderse a las zonas perimetrales.

9 **“Haciendo las Cortes Seguras para los Niños” CHARLES B. SCHUDSON** *Juez, Corte del Circuito de Wisconsin, USA.* <http://www.amparoyjusticia.cl/documentacion.php>

10 Tercer Seminario sobre Agresiones Sexuales Infantiles. “Delitos Online y Entrevista Única: Los últimos desafíos en la Investigación y Litigación Penal”. Santiago, Chile. 2011. Fundación Amparo y Justicia.

En el marco de esta implementación, con nuestro país se han hecho diversas pasantías en ambos sentidos, en una de las cuales me tocó conocer la infraestructura que existe en Bogotá para el tratamiento de las víctimas de delitos sexuales y violentos.

Si hubiera que resumir este modelo, correspondería llamarlo como “circuito integral” que se basa en el principio que la víctima debe ser lo menos intervenida posible, pero como deben necesariamente conseguirse los medios de prueba y examinar la situación en que queda el menor, se concentra toda la intervención del Estado en una sola oportunidad, y, lo más revolucionario: en un solo lugar.

Efectivamente, existe en Bogotá el CAIVAS, el Centro de Atención Integral para Víctimas de Atentados Sexuales. Este surge como una entidad interinstitucional, a raíz de los conocidos cuestionamientos que afectan esta materia: falta de coordinación institucional, información tardía y no centralizada, abandono de la víctima, etc.



Para efectos de dimensionar su carga de trabajo, señalamos que según datos aportados por ellos mismos, este Centro, a la fecha en que lo conocí en junio de 2009, ya había atendido cerca de 3.000 casos. En promedio en Bogotá se registran unos 3.000 a 4.000 casos de índole sexual al año, y se consiguen un promedio de 200 condenas, un 90% del total de sentencias. Como referencia, señalamos anteriormente que, en nuestro país, la Región de Valparaíso manejó un promedio de 2.300 casos, de los que se terminaron 560 por sentencia.

En el CAIVAS de Bogotá, están situados en forma conjunta 18 fiscales (que representan a unas 12 fiscalías distintas), 36 investigadores (que equivalen a

nuestro personal policial), 1 defensor de familia, 2 médicos forenses, y otros funcionarios de servicios estatales de protección a la familia. Además, en el mismo edificio se encuentra una oficina de la Defensoría Penal Pública.

El edificio cuenta con dependencias para exámenes médicos, y oficinas para atención privada de las víctimas. Y, por cierto, cuenta con dos cámaras Gesell. Todo ello, distribuido en un solo piso de los cuatro con que cuenta el edificio en cuestión. Lo peculiar de esto es que la víctima ingresa a la sección correspondiente y va pasando por cada unidad inmediatamente, como en un circuito, hasta terminar con la intervención de protección familiar por si sus derechos siguen siendo vulnerados.

Así, la víctima termina el recorrido por las dependencias y no se le vuelve a requerir más, ya que toda la prueba que dependía de su persona está lista, y en su relato estuvo presente tanto la defensoría como el fiscal, los investigadores y los organismos de familia que protegen sus intereses.

Esta experiencia colombiana, en síntesis, no sólo obtiene EU que puede usarse en juicio, sino que al coordinar interinstitucionalmente a diversos organismos y concentrarlos en un solo lugar, ataca el problema de la revictimización en forma integral por el Estado en su conjunto, no sólo por el área jurídico-penal.



Por cierto que esta modalidad no es única dentro de la misma Colombia, ya que existen instancias similares respecto de otros delitos, como son la trata de personas (tanto para fines de explotación sexual como laboral) en el COAT (Centro Operativo Anti-Trata) del Ministerio del Interior y Justicia de dicho país. Estos delitos, así como el narcotráfico y terrorismo, se investigan por la

Fiscalía General directamente, y no por las fiscalías locales, probablemente obedeciendo a un principio de complejidad.

Conclusiones

Cada institución del sistema debe dar de sí lo necesario para que la víctima recupere su condición de sujeto de derecho y así evitar ser usada como simple medio de prueba.

La mayor gravedad de la situación que podrían sufrir los menores de edad en cuanto víctimas de delitos sexuales y violentos, es que deban volver a sufrir en su mente el abuso cada vez que deban relatarlo, por lo que no es una mera condescendencia el querer evitar las múltiples declaraciones. La victimización secundaria implica que el Estado les hace vivir de nuevo el delito, les vuelve a violentar, y es deber de todos nosotros en el sistema parar el abuso infantil.

Esto es un desafío, no sólo en implementarlo legalmente, sino en llevar a la práctica la materialización de este derecho humano inalienable, donde se tiene que construir y defender en los usos y costumbres del foro. Sino que además hay que luchar porque se establezca, por los que tienen el poder de implementar los procesos, uno que cuente con los medios necesarios para su correcta implementación en todas las instituciones que tengan participación en su proceso. Requiere de voluntad por parte de todos los poderes del Estado, de las policías, de la defensoría y de nosotros mismos.

Por nuestra parte, el Plan de Fortalecimiento para la Fiscalía de Chile impulsado por nuestro Fiscal Nacional, debe ser ejecutado en buen término y con éxito para poder hacer frente a éste y otras desafíos. Sólo así lograremos que los cambios impulsados para proteger a las víctimas no queden relegadas a buenas intenciones, sólo porque se fue indolente ante los requerimientos mínimos necesarios para poder desarrollar nuestra labor, que no sólo es investigar y acusar al culpable, sino también proteger a las víctimas, en especial a los más vulnerables: nuestros niños.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

SENTENCIA DE TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTA CRUZ QUE CONDENA POR NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE AL ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD DE NANCAGUA

Víctor Bobadilla Gómez¹

1. Consideraciones preliminares

Con fecha 20 de marzo 2012, el Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, dictó sentencia condenatoria en causa RUC 0810026007-8 en virtud de la cual se condenó al Alcalde en ejercicio de la Municipalidad de Nancagua como autor del delito de negociación incompatible del artículo 240 del Código Penal a la pena de cincuenta días de prisión en su grado máximo, más la accesoria legal de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, esto es, por cincuenta días. Además, se le impusieron las penas principales de dos años y un día de suspensión en su grado mínimo para cargos, empleos u oficios públicos y de multa de \$12.105 (doce mil ciento cinco pesos).

Se hace presente que el Alcalde de Nancagua fue acusado por la Fiscalía por dos hechos, uno que constituía el delito de negociación incompatible por el cual fue condenado y un segundo hecho en el que se le atribuía participación en un delito de fraude al fisco por el que fue absuelto.

Para efectos del presente trabajo me referiré en específico a los aspectos jurídicos relevantes que surgieron con motivo de la condena por el delito de negociación incompatible.

El hecho por el cual condenó el tribunal y que se tuvo por acreditado es el siguiente: *“Que el acusado Luis Eduardo Escanilla Gaete, constituyó en Octubre de 2001 la sociedad de responsabilidad limitada de razón social “Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia Limitada”, la que fue inscrita a fojas 115 N° 140 del Registro de Comercio del año 2001 del Conservador de Bienes Raíces de San Fernando. Dicha sociedad está compuesta por dos socios, Escanilla Gaete y María Cecilia Corbalán Gallardo, ex pareja de Escanilla con quien mantuvo una relación sentimental por aproximadamente siete años. Con fecha 30 de agosto del año 2006 el acusado, quien a esa fecha detentaba el cargo de Alcalde de la Municipalidad de Nancagua, en ejercicio de sus funciones, procedió a celebrar un contrato de trabajo representando a la Municipalidad, en el cual contrataba a su ex pareja y socia en la indicada sociedad, María Cecilia Corbalán Gallardo, en el cargo de paradocente administrativa en el Liceo Juan Pablo II de la comuna de Nancagua, estableciéndose en ese entonces una remuneración de \$242.092 (doscientos cuarenta y dos mil*

1 Fiscal Jefe de la Fiscalía Local de Santa Cruz, Fiscalía Regional VI Región del Libertador Gral. Bernardo O'Higgins, Ministerio Público.

noventa y dos) pesos mensuales, aprobando mediante el decreto alcaldicio N° 3224 de la misma fecha el señalado contrato de trabajo, el que se mantiene vigente hasta esta fecha. De esta manera el Alcalde Escanilla Gaete ha procedido mediante el acto descrito a dar interés a un tercero doña María Cecilia Corbalán Gallardo- asociado con él².

El artículo 240 del Código Penal establece que “El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren, y a los guardadores y albaceas tenedores de bienes respecto de los pertenecientes a sus pupilos y testamentarias.

Las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo dieren interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción.

Asimismo, se sancionará con iguales penas al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que dichos terceros o esas personas tengan interés social, superior al diez por ciento si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquiera forma”.

2. Análisis del delito de negociación incompatible

El delito de negociación incompatible establecido por el legislador busca proteger “la apariencia de imparcialidad y honestidad que debe rodear la administración pública”³. El bien jurídico protegido con esta figura al igual que el resto de figuras de los denominados delitos contra la función pública está constituido por la “función administrativa” que implica el respetar los principios de objetividad, imparcialidad y honestidad en las relaciones con los particulares. Como indican los profesores Luis Rodríguez Collao y Magdalena Ossandón Widow, en su libro *Delitos contra la Función Pública, segunda edición*,

2 Considerando décimo segundo del fallo comentado.

3 ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 248.

Editorial Jurídica de Santiago, 2008 p. 422, “Es evidente que el funcionario público posee una doble personalidad pues en algunas facetas de su vida actúa como autoridad y en otras como particular; sin embargo, lo que no debe hacer es confundir ambas dimensiones, haciendo primar el interés individual por sobre el general, en abierta contradicción con tales principios”.

Principios de imparcialidad y honestidad que se ven afectados entonces cuando el funcionario público, actúa representando su propio interés por sobre el interés público.

Se ha planteado por algunos autores que este delito –en el que subyace la idea de evitar la obtención de ganancias por parte del funcionario público en desmedro del erario público– presenta una dudosa legitimidad al tratarse de un adelantamiento de las barreras de punibilidad a una suerte de sospecha de un eventual y más bien futuro fraude, donde ante la falla de los mecanismos de control que deben operar ex – ante, se establece por el legislador la sanción penal, donde surge la pregunta si este tipo de conductas conforme a los principios de trascendencia y lesividad que informan el derecho penal importan efectivamente una conducta merecedora de una sanción penal.

En cuanto a las características de este delito se trata de un *delito especial propio*, en que el cargo o función del sujeto activo es fuente de la peligrosidad de la conducta, es un *delito de mera actividad o formal* que no requiere de un resultado distinto, posterior al de la conducta en la que incurre el funcionario.

El artículo 240 del Código Penal “consagra un autentico *delito de peligro abstracto*, que se consuma con la sola ejecución de las conductas descritas en sus diferentes incisos, sin que se requiera la verificación de un resultado o perjuicio para el patrimonio fiscal, y ni siquiera que deba acreditarse el que dicho patrimonio ha corrido realmente un riesgo concreto de ser afectado, puesto que este se supone ínsito ya en la realización de los comportamientos prohibidos”.⁴ También ha sido calificado como un *delito de posición*, esto es, cuando se reúnen en un funcionario público las calidades de funcionario llamado a intervenir en la operación e interesado en la misma.

Respecto de las características de este delito, ellas cobran relevancia conforme la interpretación y entendimiento que el Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz hace de los elementos del delito de negociación incompatible precisamente al ratificar la posición de que el delito de negociación incompatible se satisface con la conducta en que incurre el funcionario público sin exigirse la materialización concreta de un resultado lesivo en el patrimonio público o fiscal.

⁴ Politoff L., Sergio/ Matus A. Jean Pierre/ Ramírez G. M^a Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 499.*

La conducta establecida por el legislador adquiere en esta figura dos modalidades: “tomar” o “dar interés”, en este punto existe consenso entre los autores de que estas expresiones no implican la idea de obtener una ventaja o beneficio efectivo, como bien señala el Diccionario de la Lengua Española al definir “interesarse” o “interesarse” como darse a sí mismo o dar a otro parte en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés.

En opinión de los autores ya citados con anterioridad lo que importa conforme al fin de la ley es que la operación o contrato en que interviene el funcionario público tenga un carácter lucrativo ya que sólo en este caso surge el peligro que la ley quiere evitar.

En este punto cabe señalar que la naturaleza económica del interés se desprende fundamentalmente de la ubicación de la norma dentro de las figuras denominadas fraudes y exacciones ilegales y al hecho que la figura típica de la negociación incompatible contempla como sanción una multa graduada en el porcentaje del valor del interés que hubiere tomado en la operación el funcionario público.

Cabe observar como ya se ha adelantado, que el tomar o dar interés como modalidades de la conducta del funcionario público que incurre en este delito preceden a la efectiva materialización de un perjuicio el que de producirse “configuraría un delito de fraude o malversación que, en concurso aparente con el delito de negociación incompatible, priman sobre este en virtud del principio de consunción”⁵.

En la modalidad de dar interés que es la que nos importa para efectos de este trabajo, el sujeto activo es un funcionario público llamado a intervenir en razón de su posición en el negocio u operación siendo el interés ya no para él, sino para su cónyuge, alguno de sus parientes o las demás personas que la ley señala, entre las que se encuentran aquellas personas que fueron incorporadas por la Ley 19.645 publicada en el Diario Oficial el 11 de diciembre de 1999, en el inciso 4° del artículo 240 entre las que se encuentran los *terceros asociados con el funcionario público* tal como ocurrió con el Alcalde de Nancagua en el hecho por el que fue acusado y finalmente condenado al haber contratado en un cargo paradocente en un establecimiento educacional municipal de Nancagua a una persona con quien mantenía a esa fecha la calidad de socio en una sociedad inmobiliaria de responsabilidad limitada.

El *objeto material del delito* de negociación incompatible corresponde a cualquier contrato u operación, capaz de producir o generar obligaciones, actividades que se entiende deben ser de carácter económico, ya que como vimos con anterioridad, es en este tipo de contrato u operación donde surge el peligro de obtención de una ventaja o beneficio que el legislador pretende evitar.

5 Luis Rodríguez Collao y Magdalena Ossandón Widow en su libro *Delitos contra la Función Pública, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 424.*

En cuanto a los *aspectos subjetivos del delito*, este requiere dolo directo es decir conocer y querer la realización del hecho típico.

En este punto se ha planteado por algunos autores que lo común será que la actuación del funcionario público en este delito esté impulsada por una motivación de carácter pecuniario, sin embargo, el tipo penal no exige un ánimo o motivación especial o determinada por lo que nada impide que aquél actúe por una motivación diversa, como lo fue en este caso concreto el que el Alcalde de Nancagua contratara en el cargo de paradocente administrativa de un Liceo de la comuna a su socia con quien además le unió una relación sentimental de varios años la que justamente había terminado y conforme se estableció en el juicio oral la contratación que efectuó el Alcalde de su socia y ex pareja estuvo motivada por el hecho de que al término de esta relación ella quedaría sin trabajo ya que además se desempeñaba como secretaria en una oficina de contabilidad que el Alcalde mantenía en la comuna de Nancagua.

Tratándose de la *culpabilidad* en este delito, y reconociendo las características del tipo penal de negociación incompatible, la amplitud de su descripción, se reconoce la tendencia jurisprudencial a aceptar y reconocer la admisibilidad del *error de prohibición invencible* como causal de exculpación en estos delitos, fundado en la dificultad que representaría para un profesional o funcionario público inclusive de conocer, captar con toda su significación jurídica determinadas actuaciones en las que debe intervenir, tal y como se alegó durante el juicio oral por la defensa privada del Alcalde de Nancagua para solicitar su absolución del delito de negociación incompatible por el que fue acusado.

Finalmente respecto de los sujetos que intervienen en este delito, *el sujeto activo* corresponderá al empleado público llamado a intervenir en el negocio u operación, deber que le ha sido impuesto por el ordenamiento jurídico, será generalmente quien tenga capacidad decisoria en el asunto. No obstante lo señalado precedentemente el inciso 2° del artículo 240 del Código Penal, amplía la calidad de sujetos activos de este delito a personas que no necesariamente serán funcionarios públicos, tales como peritos, árbitros y liquidadores comerciales, en los casos que la norma indica, al igual que guardadores y albaceas, es decir, se les asimila al empleado público para estos efectos en razón de la posición jurídica especial que detentan o de los deberes especiales asociados al cargo que desempeñan.

3. Aspectos jurídicos relevantes a destacar de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz

Dentro de los aspectos a destacar dentro del debate planteado durante el desarrollo del juicio oral, estuvo la alegación de la defensa de solicitar al tribunal recalificar los hechos que a juicio de la Fiscalía configuraban el delito de negociación incompatible, por estimar que los mismos correspondían a un

delito de nombramiento ilegal del artículo 220 del Código Penal. Sostenía la defensa en este punto que el contrato de trabajo celebrado el 30 de agosto de 2006, entre el alcalde la Municipalidad de Nancagua y su socia María Corbalán Gallardo, es un acto por el cual se satisface un cargo funcionario vacante, de naturaleza paradocente, regulado por una ley específica, que dentro de los tipos penales que establece el Código, es un nombramiento y que en el caso de autos no es punible porque en el nombramiento vía contrato de trabajo de María Corbalán Gallardo, ésta no estaba afecta a ninguna de las inhabilidades que establece la ley y cumplía con los requisitos legales, de manera que de aplicarse correctamente la ley, se debía absolver al acusado de la acusación por el delito de negociación incompatible.

El Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz no compartió la calificación jurídica propuesta por la defensa por estimar que se encontraba más conforme con la conducta descrita en la acusación y establecida debidamente en el juicio, el precepto del artículo 240 del Código Penal, por la especialidad del bien jurídico protegido. Consideró el Tribunal en este sentido que el artículo 240 vela por la correcta administración pública, y proscribe introducir en la motivación del funcionario decisor aspectos ajenos a los intereses públicos, que deben ser los únicos ingredientes de su análisis.

Para preferir la norma del artículo 240 por sobre la del artículo 220 del Código Penal (nombramiento ilegal) tuvo en vista que en el art. 240 se señalan también las personas que quedan incluidas en su regulación y los vínculos que dan lugar a ella, con mayor precisión, correspondiendo a las inhabilidades contenidas en la legislación especial para el ingreso a la administración pública, siendo normativa especial que por lo mismo debe prevalecer. En cambio, el artículo 220 apunta a verificar que la persona designada no incurra en alguna de las inhabilidades legales, conteniendo un reproche menor justificado porque no se cumplen requisitos formales. A mayor abundamiento, el tribunal tuvo presente que doña María Cecilia Corbalán asumió su cargo no en virtud de un nombramiento o designación como regula el artículo 220, sino por un contrato de trabajo, que es aprobado por el decreto del alcalde, por lo que no estamos propiamente ante un acto unilateral de nombramiento, sino ante una convención voluntaria de ambas partes, institución que mejor se recoge en el artículo 240, referida específicamente a los contratos denominados onerosos.

Cabe hacer mención en este punto a la resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua⁶, conociendo del recurso de nulidad deducido por la defensa del alcalde condenado por estos hechos, recurso que tuvo como una de sus causales la establecida en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo; por cuanto se alegó por la defensa que el fallo infringió

6 Sentencia recurso de nulidad RIT 120-2012 Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 04.05.2012.

los artículos 19 al 24 del Código Civil; 220 y 240 del Código Penal; 3 y 10 de la Ley 18.883; y 2, 4 y 6 de la Ley 19.464.

“Que, traídas esas reflexiones al caso presente, si bien es efectivo, como señala el recurrente, que la contratación del personal paradocente se rige por las normas del Código del Trabajo, también es efectivo que el artículo 240 del Código Penal castiga al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él, luego, no resulta irrelevante, como pretende el recurso, la calidad del tercero con quien se realiza el negocio u operación, desde luego, si no existiere el vínculo societario, nada cabría reprochar al funcionario, pero como existe y se reconoce, no resulta indiferente la contratación con su socia, puesto que al hacerlo incurre en los comportamientos que prohíbe la norma, de manera que razón asiste a los jueces del grado al preferir ese tipo penal en desmedro del que postula el recurrente, desde que mejor se aviene con los hechos establecidos en el juicio y con el bien jurídico tutelado, constituido por la función administrativa, cuyo correcto desempeño exige que se respeten los principios de objetividad, imparcialidad y honestidad en las relaciones con los particulares, de manera que los sentenciadores, al decidir como lo hicieron, han hecho una correcta aplicación e interpretación del derecho, con lo cual la presente arista del recurso no puede prosperar;

Que, el artículo 240 del Código Penal, en lo que interesa, castiga al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él, luego, es esa y no otra la conducta que se reprocha al acusado, de manera que razón tienen los jueces al dar por configurado el ilícito de negociación incompatible;

Que, en efecto, el motivo noveno del fallo que se revisa, mismo que establece los hechos que han resultado acreditados, sostiene que tal descripción fáctica satisface todos los elementos típicos de la figura penal de que se trata, en cuanto permite verificar que el acusado, en su calidad de empleado público, esto es, alcalde de la Municipalidad de Nancagua, procedió a celebrar un contrato de trabajo con su socia María Corbalán Gallardo, por el que la contrataba en el cargo de paradocente en el Liceo Juan Pablo II de esa Comuna, bajo la remuneración mensual de \$242.092, aprobando dicho contrato mediante el respectivo decreto alcaldicio, de lo cual se sigue, según reza el fallo, que el alcalde acusado ha procedido, mediante el acto antes descrito, a dar interés a un tercero asociado con él, de manera que ningún reproche cabe a los jueces, menos el que pretende el recurso, al calificar jurídicamente esos hechos como constitutivos del delito de negociación incompatible”.

Otra de las cuestiones planteadas durante el juicio oral fue la solicitud de absolución propuesta por la defensa privada del alcalde Escanilla fundamentada en la concurrencia de un error de prohibición como causal de exculpación en relación a la imputación del delito de negociación incompatible.

Tal como se adelantó una de las aristas sobre las cuales versó la defensa del alcalde de Nancagua en relación al delito de negociación incompatible fue la de alegar la concurrencia de un error de prohibición en la conducta del alcalde por cuanto siendo uno de los presupuestos del juicio de reproche al autor de un delito el que este haya actuado por lo menos con una conciencia potencial de que lo que hacía era injusto, contrario a derecho.

En este sentido se alegó por la defensa que si bien el alcalde conocía la normativa administrativa, no podía exigírsele igual conocimiento de la normativa penal, sustentó su alegación en el hecho de que el acusado no era abogado, la municipalidad no cuenta con un departamento jurídico, por lo que no estaba en condiciones de manejar toda la legislación aplicable y que en su concepto el alcalde procedió a contratar a una persona hábil para el cargo de paradocente, sin que se acreditara que él haya creado un cargo que no existía para favorecer a su socia, sin que se haya acreditado que la remuneración que recibió su socia haya sido superior a la de una persona que realiza funciones iguales en el ámbito de la administración pública.

En primer lugar el Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz estableció que el alcalde cometió la conducta típica descrita con *dolo directo*, esto es, con pleno conocimiento y voluntad de que contrataba a quien era su socia y queriendo beneficiarla, como dijo aquélla en el juicio, para no dejarla desamparada económicamente luego de su separación sentimental. Descartó la existencia de la concurrencia de *error de prohibición* por cuanto conforme al desarrollo del juicio oral, no pareció verosímil que el acusado incurriera en un error de prohibición, al menos invencible, como sostuvo la defensa, el que si bien puede tener especial cabida en este delito (en opinión, como ejemplo, de Politoff, Matus y Ramírez, en su obra Derecho Penal, parte especial, segunda edición actualizada, editorial Jurídica de Chile, p. 501), debe implicar una real falta de conciencia de la ilicitud del acto, lo que aquí fue descartado, en razón del nivel educativo del acusado, quien tenía título de contador y había posteriormente cursado la carrera de administración pública; su experiencia como alcalde durante cuatro períodos consecutivos, la posibilidad que tuvo de acceder a asesoría sobre el punto y el hecho de habersele representado la ilegalidad del asunto –por Contraloría– ya que se acreditó mediante la prueba testimonial y documental pertinente que la contratación de su socia había sido objeto de reparos por la Contraloría Regional de O’ Higgins, a lo que debe agregarse que, así como la mayoría de los testigos indicó, es de conocimiento público que existen conductas reñidas con la probidad administrativa y la legalidad en general de las que se deben abstener los funcionarios públicos, tal como ocurrió en este caso donde para muchos de los testigos que declararon en el juicio oral era una situación conocida la existencia de esta sociedad inmobiliaria de la que formaban parte el alcalde y su socia María Cecilia Corbalán y les resultaba reprochable que conocido este vínculo igualmente el alcalde la contratara en labores paradocentes en un liceo de la comuna.

El Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz en este punto compartió la posición sostenida por la Fiscalía para rechazar la concurrencia del error de prohibición, entendiendo que para afirmar la culpabilidad de la conducta dolosa del alcalde bastaba con que existiera la posibilidad de conocer el injusto, “de manera que quien carece de conciencia de la ilicitud porque ha desaprovechado tal posibilidad no puede beneficiarse con la excusante”⁷.

Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz

Santa Cruz, a veinte de marzo de dos mil doce.

VISTOS, OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Individualización de los intervinientes. Ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, constituido por el Juez Presidente de Sala don Patricio Acevedo Silva y los jueces doña Carolina Lazen Maldonado y don Rodrigo Gómez Marambio, se llevó a efecto durante los días lunes 12, martes 13, miércoles 14 y jueves 15 de marzo de 2012 la audiencia del Juicio Oral de la causa rol interno del tribunal N° 46-2011, RUC 0810026007-8, seguida en contra del acusado don **LUIS EDUARDO ESCANILLA GAETE**, chileno, 53 años de edad, nacido en Nancagua el 25 de julio de 1958, de profesión contador y administrador público, estado civil divorciado, cédula nacional de identidad 7.831.337-4, domiciliado en Callejones sin número, sector Las Tinajas, comuna de Nancagua.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, en cuya representa-

ción intervino el fiscal adjunto de Santa Cruz don **Víctor Bobadilla Gómez**, en tanto actuó como acusador particular el abogado don **Rodrigo Guerrero Román**, por sí y en representación de los querellantes don Gabriel Edwards Fernández, doña Claudia Lorca Catalán y don Manuel Pérez Escobar, según la querrela presentada en su oportunidad como concejales de la municipalidad de Nancagua. A su turno, la defensa del acusado estuvo a cargo de los defensores particulares don **Eduardo Anasco Konings** y **Mauricio Verdugo Silva**. Todos los anteriores intervinientes con domicilio y forma de notificación ya registrados en la carpeta virtual del SIAGJ.

SEGUNDO: Acusación y argumentaciones de la fiscalía. La acusación fiscal materia de este juicio, según se expresó en el auto de apertura, fue la siguiente:

HECHOS Y CALIFICACIÓN JURÍDICA:

HECHO 1

Que don Luis Eduardo Escanilla Gaete, Alcalde en ejercicio de la Ilustre Municipalidad de Nancagua constituyó en Octubre de 2001 una sociedad de res-

7 CURY U. Enrique, “El estado actual de la doctrina y jurisprudencia nacionales en torno a los problemas del error de prohibición”, artículo contenido en el libro “Delito, Pena y Proceso”, Editorial Jurídica de Chile, año 2008, p. 240.

ponsabilidad limitada cuya razón social corresponde a “Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia Limitada”, dicha sociedad se encuentra inscrita a fs. 115 N° 140 del Registro de Comercio del año 2001 del Conservador de Bienes Raíces de San Fernando y se encuentra vigente a la fecha. Dicha sociedad está compuesta por dos socios, el Alcalde don Eduardo Escanilla Gaete y doña María Cecilia Corbalán Gallardo ex pareja del Alcalde con quien mantuvo una relación sentimental por aproximadamente siete años.

Con fecha 30 de Agosto del año 2006 don Eduardo Escanilla Gaete quien a esa fecha detentaba también el cargo de Alcalde de la Municipalidad de Nancagua en ejercicio de sus funciones procedió a celebrar un contrato de trabajo representando a la Municipalidad de Nancagua en el cual contrataba a su ex pareja y socia en la sociedad “Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia Limitada”, María Cecilia Corbalán Gallardo en el cargo de Paradocente administrativa en el Liceo Juan Pablo II de la comuna de Nancagua estableciéndose en ese entonces una remuneración de \$ 242.092 (doscientos cuarenta y dos mil noventa y dos) pesos aprobando mediante el decreto alcaldicio N° 3224 de misma fecha el señalado contrato de trabajo el que se mantiene vigente a la fecha.

De esta manera el Alcalde Escanilla Gaete ha procedido mediante el acto descrito a dar interés a un tercero –doña María Cecilia Corbalán Gallardo– asociado con él.

HECHO 2

Que don Eduardo Escanilla Gaete, Alcalde en ejercicio de la Ilustre Municipalidad de Nancagua celebró con fecha 01 de Enero del año de 2006 en ejercicio de sus funciones de Alcalde de la referida municipalidad en ese periodo, el contrato n° 299 referido a la “Concesión para la conservación y mantención de áreas verdes de la comuna de Nancagua” concesión que mediante este contrato se entregó a Juan Carlos Román Vergara.

En la cláusula quinta del referido contrato firmado por el Alcalde se estipuló que el contrato se regiría por la modalidad de suma alzada sin reajuste por un monto mensual de \$2.770.000.- (dos millones setecientos setenta mil pesos) IVA incluido.

No obstante lo establecido en el contrato el Alcalde Escanilla a partir del mes de febrero del año 2007 y hasta el mes de Diciembre del año 2008, sabiendo que el contrato referido no estipulaba reajuste alguno en cuanto al monto mensual a cancelar procedió a efectuar pagos reajustados al concesionario Román Vergara respecto del contrato aludido cancelando a este en exceso y en perjuicio del fisco la cantidad de \$4.461.615.- (cuatro millones cuatrocientos sesenta y un mil seiscientos quince pesos) dejando de velar por lo que efectivamente el Fisco debía cancelar al concesionario a través del abuso en su función teniendo por su posición la calidad de garante de la recta administración de la municipalidad (Sic).

Esta descripción fáctica configura, a juicio del Ministerio Público, en

el caso del **hecho N° 1 el delito de negociación incompatible** previsto y sancionado en el artículo 240 del Código Penal; y respecto del **hecho N° 2 el delito de fraude al fisco** previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal.

Circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal:

La Fiscalía sostuvo que concurre a favor del acusado la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, y no le perjudican circunstancias agravantes.

Grado de Desarrollo:

Los delitos materia de la acusación se encuentran consumados en atención a que el acusado ejecutó todos y cada uno de los elementos del tipo penal, tanto en su faz objetiva como subjetiva.

Grado de participación atribuida al acusado:

Al acusado se le atribuye la calidad de autor ejecutor de los delitos de negociación incompatible y fraude al Fisco de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, toda vez que ejecutó en forma inmediata y directa los elementos de los tipos penales hasta su consumación.

Preceptos legales aplicables:

La fiscalía planteó que son aplicables los siguientes preceptos legales: artículos 1, 3, 5, 11 N° 6, 14, 15 N° 1, 22, 30, 31, 50, 67, 68, 69, 239 y

240 todos del Código Penal; artículos 248, 259 y siguientes del Código Procesal Penal, y demás disposiciones legales pertinentes.

Pena solicitada:

El Ministerio Público, considerando la naturaleza jurídica de los ilícitos que se investigan, la concurrencia de una circunstancia atenuante, la no concurrencia de agravantes y de conformidad a lo establecido en los artículos 67, 68 y 69 del Código Penal, solicita se aplique al acusado **LUIS EDUARDO ESCANILLA GAETE**, la **pena de OCHOCIENTOS DIECIOCHO DIAS** de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en su grado medio y multa del cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere retomado en el negocio, y costas, como autor de un delito de negociación incompatible; y la **pena de TRES AÑOS** de presidio menor en su grado medio, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en su grado medio y multa del cincuenta por ciento del perjuicio causado y costas como autor de un delito de fraude al Fisco.

En su **alegato de apertura** –por su parte– el fiscal señaló que lo que trata este juicio en el fondo es la probidad administrativa, principio que consiste en que el funcionario público así como los jueces, este fiscal o el alcalde deben tener una conducta intachable, velando por la preeminencia del interés general por sobre el particular. El alcalde Esca-

nilla Gaete desoyó este mandato legal y constitucional. Por una parte, se le imputa un delito de negociación incompatible, que es un delito de peligro abstracto, de mera actividad, que se entiende consumado por la sola realización de la conducta típica, consistente en que en el año 2006, manteniendo una sociedad comercial con doña Cecilia Corbalán Gallardo, y en conocimiento que no la podía contratar en cargo alguno, sin embargo con fecha 30 de agosto de 2006 emite un decreto alcaldicio y celebra en representación de la municipalidad un contrato de trabajo donde la contrata para trabajar como paradocente administrativa en el Liceo Juan Pablo II de la misma comuna, a ella con quien además mantenía una relación sentimental. El legislador buscó prevenir el riesgo de fraude que implica este tipo de contratos, que se mantiene vigente hasta el día de hoy. Se ha cometido entonces la figura del artículo 240 del Código Penal. Por otro lado, también vulnerando la probidad administrativa y un actuar honesto, procedió a celebrar un contrato de mantención de áreas verdes con un particular, Juan Carlos Román Vergara, con quien mantiene diversos vínculos, los que podremos conocer, así como la génesis de este contrato en que interviene directamente el acusado. Veremos la remuneración pactada y lo que ocurrió en relación a los pagos que debían efectuarse a este particular, desde el mes de enero de 2007 hasta el mes de diciembre de 2008. En este caso, el alcalde incurrir en un incumplimiento gravísimo de sus deberes funcionarios ya que con abuso de confianza permite que

se pague en exceso a este particular una suma superior a los 4 millones de pesos. La doctrina y jurisprudencia dicen que para este delito no es necesario un ardid o puesta en escena, sino solamente una mentira, porque el alcalde sabía lo que debía pagarse pese a lo cual permitió a este particular recibir esta suma en exceso, con lo cual perjudicó de manera sustantiva el erario de la municipalidad. La prueba no será abundante, pero estima que será suficiente para configurar los delitos imputados, solicitando que se impongan a Escanilla Gaete las condenas señaladas en su acusación.

A su vez, en su **alegato de clausura**, sostuvo que hay una serie de hechos no controvertidos por lo que se centrará en los que fueron objeto de debate. Respecto del hecho 1, resultó no controvertido que el alcalde en octubre de 2001, conforme a lo declarado por él, por Cecilia Corbalán y la documental aportada, constituyó una sociedad comercial de responsabilidad limitada, dedicada al ámbito del corretaje de propiedades, con quien era su conviviente y con la que mantuvo una relación sentimental de 7 años. Estando vigente dicha sociedad, el 30 de agosto de 2006, el alcalde, en uso de sus atribuciones, emite un decreto y procede además a celebrar un contrato de trabajo con su conviviente y socia en la sociedad. Es decir, en uso de sus atribuciones, en representación de la municipalidad de Nancagua, como señala el artículo 63 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, celebró dicho contrato y dictó el decreto, lo que ya desde un punto

de vista moral olía mal, pues contrataba con su pareja; sin perjuicio de ello, lo que se le reprocha es que haya contratado con su socia. La sociedad conforme a lo dicho por ella continuó en funcionamiento más allá de su contratación, ya que incluso el alcalde timbró boletas y le eran necesarias. Al parecer era corredor de propiedades y contador además de alcalde. Interviene en esta operación propia de su cargo y establece una remuneración para su socia que ascendió a 240 mil pesos y fracción. Este delito es abstracto, se consuma con la acción, es de mera actividad. Contrariamente a lo alegado por la defensa, este delito no es de resultado pues no requiere perjuicio alguno. Al alcalde Escanilla se le exige velar por el correcto desempeño de su función administrativa y el cumplimiento de los principios de objetividad, honestidad, probidad y transparencia, lo que le viene dado de una serie de normas, desde la citada de municipalidades hasta la propia Constitución. Aquí claramente primó su interés personal, como dice la doctrina él confunde estas dimensiones. El artículo 240 del Código Penal no entrega al intérprete ni al tribunal ámbito alguno de interpretación sobre el alcance de la afectación del bien jurídico. Más allá de que este tipo penal guste o no, lo cierto es que existe, es muy claro y por tanto ha de aplicarse. El fundamento de la defensa en cuanto ha basado su petición absolutoria en el error de prohibición, estimando que en el ámbito del conocimiento del injusto del Alcalde este creyó obrar conforme a derecho, que no tenía conciencia de ilicitud. Discrepa totalmente de ello.

Escanilla a esa fecha, agosto de 2006, llevaba aproximadamente 10 años en el cargo, es contador, se ha procurado estudios complementarios en administración pública, según él mismo dijo; se acreditó que en concreto el alcalde contaba en esa época con un asesor jurídico, contrariamente a lo que dijo respecto a que era eventual y esporádica, pero los concejales dijeron que era permanente la presencia del abogado, concurría a las audiencias del concejo, estaba a disposición de resolver consultas y por cierto a disposición de su tío, quien lo llevó a trabajar a la municipalidad; también contaba con la abogada Visitación Carrillo, jueza de policía local. Tuvo conversaciones con Cecilia Corbalán respecto que no podía nombrarla, pero viene aquí el matiz, su prepotencia, pese a esta situación la contrata, porque nada le va a pasar. Es irrelevante quién la llevó o nombró, porque él firmó el contrato y el decreto. Escanilla se separa según dijo se fue a vivir a la casa del Daem resultando poco creíble que no tengan amistad como para comentarle que va a contratar a su ex pareja. La jurisprudencia y la doctrina dice que basta la posibilidad de conocimiento del injusto y el alcalde tenía claramente esa posibilidad.

En relación al delito de fraude al fisco, se encuentra acreditado que el alcalde, funcionario público, quien conforme al artículo 56 de la Ley de Municipalidades detenta la dirección de la municipalidad y la representa, interviene en el contrato 299 relativo a la mantención de áreas verdes de la comuna con su amigo Juan Carlos Román Vergara –pese a que el

señor Escanilla refirió tristemente que no es su amigo, en lo que fue desmentido— obligándose a cancelar \$2.770.000 mensualmente por tres años, sin reajuste, IVA incluido. El jefe de obras nos dice que la decisión de que fuera sin reajuste no fue azarosa, fue por un tema presupuestario, es decir, no hay error como nos dijo Escanilla. Durante casi dos años se efectuaron pagos en exceso perjudicando el patrimonio municipal en 4 millones según los funcionarios de contraloría y el informe N° 18 que tiene a la vista el tribunal, además del cuadro final exhibido. El alcalde conocía el contrato, sabía de sus cláusulas, y las bases tampoco hacían mención a reajuste. Hubo diversos problemas relativos a la ejecución del contrato, debates en Concejo y presentaciones a Contraloría. El testigo Bernasconi dijo que el alcalde ya había sido advertido respecto del problema del manejo del tractor, y pese a ese reparo del 2007, ninguna medida tomó el alcalde. Por lo tanto había problemas con el contrato y por eso estima que el acusado tenía clarísimo sus cláusulas y que no tenía reajuste. No puede excusarse de lo que tenía que pagar, es responsable de los desembolsos que deben hacerse con cargo al erario municipal. Es de conocimiento público que las municipalidades cuentan con pocos recursos que hay que cuidar. Pese a ello él consintió en que su amigo recibiera en exceso más de 4 millones. Su conducta es dolosa porque mes a mes firmó decretos de pago beneficiando a este amigo, generando este perjuicio, estimando espurio e inverosímil que haya sido devuelto en el 2009, conforme a lo

dicho por la jefa de finanzas, lo que cree es mentira y que solo se devolvió el 2011, apurados por la situación del sumario. Diversos autores, como Etcheverry y el profesor Mera, distinguen en relación al artículo 239 el incumplimiento de deberes funcionarios es un medio apto y que basta por sí solo para cometer este delito, una cosa son los fraudes por engaño y otros los fraudes por abuso de confianza. Eduardo Urrejola estima también que este tipo de incumplimientos por parte de personas que por su rol se les puede exigir más allá pueden constituir este delito. La tendencia del legislador es dotar de mayor cobertura penal este tipo de ilícitos para tutelar de mejor forma la correcta administración pública. El alcalde es depositario de confianza jurídica del Estado y de sus electores, y claramente los ha defraudado.

En su **réplica**, señaló que en relación a la aplicación del artículo 220 y no del 240, estima que esta última está más conforme, porque es más clara en cuanto a detallar los sujetos activos y pasivos que intervienen, lo que no ocurre con el primero. En el 240 señala personas y sus vínculos con mayor precisión, correspondiendo a las inhabilidades contenidas en legislación especial para el ingreso a la administración pública, siendo normativa especial que por lo mismo debe prevalecer. Sobre la absolución que se solicita por el fraude al fisco, en relación a que los responsables son los ya sancionados por Contraloría y a que existe una persecución policita, los concejales solo han hecho su legítima labor que es fiscalizar los actos del alcalde y la municipalidad. Ellos

señalaron que tocaron puertas, recurrieron al alcalde representándole las irregularidades, a Contraloría y al Tricel. Pasa una situación curiosa que señalaron los funcionarios de contraloría: contraloría decidió no instruir un sumario administrativo al alcalde y por tanto no se pronuncian. En el fallo del Tricel no toca el tema del pago en exceso, y dice que los hechos son conocidos por fiscalía, igual que Contraloría, que existen diversos ámbitos de responsabilidad, y la penal debe discutirse aquí. Reitera que el incumplimiento de deberes funcionarios está recogido en la doctrina y jurisprudencia: se les exige más a los funcionarios públicos y en especial a un alcalde, que debe velar por el correcto funcionamiento de la administración, y por eso las circunstancias fácticas que antecedieron al contrato 299, los múltiples reparos, y los hechos posteriores, aludiendo al reintegro del particular que se recibe sin emitir recibo a éste o registro interno, guardando el dinero en una caja fuerte, es algo muy poco claro que huele mal; todo ello apunta a que hay infracción de deber por la cabeza de la municipalidad, que configura una conducta dolosa que debe motivar su condena por fraude al fisco.

TERCERO: Acusación particular. El querellante Rodrigo Guerrero Román formuló en su oportunidad acusación particular en representación de los tres querellantes indicados, en los términos siguientes:

FUNDAMENTOS DE HECHO Y CALIFICACIÓN JURÍDICA:

La querellante se adhiere y hace suyos los hechos expuestos por el fis-

cal adjunto de la causa en su acusación en base al siguiente tenor:

HECHO 1

Que don Luis Eduardo Escanilla Gaete, Alcalde en ejercicio de la Ilustre Municipalidad de Nancagua constituyó en Octubre de 2001 una sociedad de responsabilidad limitada cuya razón social corresponde a “Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia Limitada”, dicha sociedad se encuentra inscrita a fs. 115 N° 140 del Registro de Comercio del año 2001 del Conservador de Bienes Raíces de San Fernando y se encuentra vigente a la fecha. Dicha sociedad está compuesta por dos socios, el Alcalde don Eduardo Escanilla Gaete y doña María Cecilia Corbalán Gallardo ex pareja del Alcalde con quien mantuvo una relación sentimental por aproximadamente siete años.

Con fecha 30 de Agosto del año 2006 don Eduardo Escanilla Gaete quien a esa fecha detentaba también el cargo de Alcalde de la Municipalidad de Nancagua en ejercicio de sus funciones procedió a celebrar un contrato de trabajo representando a la Municipalidad de Nancagua en el cual contrataba a su ex pareja y socia en la sociedad “Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia Limitada”, María Cecilia Corbalán Gallardo en el cargo de Paradocente administrativa en el Liceo Juan Pablo II de la comuna de Nancagua estableciéndose en ese entonces una remuneración de \$242.092 (doscientos cuarenta y dos mil noventa y dos) pesos aprobando mediante el decreto alcaldicio N° 3224 de misma fecha el

señalado contrato de trabajo el que se mantiene vigente a la fecha.

De esta manera el Alcalde Escanilla Gaete ha procedido mediante el acto descrito a dar interés a un tercero –doña María Cecilia Corbalán Gallardo– asociado con él.

HECHO 2

Que don Eduardo Escanilla Gaete, Alcalde en ejercicio de la Ilustre Municipalidad de Nancagua celebró con fecha 01 de Enero del año de 2006 en ejercicio de sus funciones de Alcalde de la referida municipalidad en ese periodo, el contrato n° 299 referido a la “Concesión para la conservación y mantención de áreas verdes de la comuna de Nancagua” concesión que mediante este contrato se entregó a Juan Carlos Román Vergara.

En la cláusula quinta del referido contrato firmado por el Alcalde se estipuló que el contrato se regiría por la modalidad de suma alzada sin reajuste por un monto mensual de \$2.770.000.- (dos millones setecientos setenta mil pesos) IVA incluido.

No obstante lo establecido en el contrato el Alcalde Escanilla a partir del mes de febrero del año 2007 y hasta el mes de Diciembre del año 2008, sabiendo que el contrato referido no estipulaba reajuste alguno en cuanto al monto mensual a cancelar procedió a efectuar pagos reajustados al concesionario Román Vergara respecto del contrato aludido cancelando a este en exceso y en perjuicio del fisco la cantidad de \$4.461.615.- (cuatro millones cuatrocientos sesenta y un mil seiscientos quince) pesos dejando de velar por lo

que efectivamente el Fisco debía cancelar al concesionario a través del abuso en su función teniendo por su posición la calidad de garante de la recta administración de la municipalidad.

Los hechos descritos configuran en el caso del **Hecho N° 1 el delito de negociación incompatible** previsto y sancionado en el artículo 240 del Código Penal; y respecto del **Hecho N°2 el delito de fraude al fisco** previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal.

Que solamente en relación al hecho N° 1, agrega en forma de complemento, por lo cual se funda la acusación particular, el hecho de que el imputado, dio interés a un tercero asociado con él, interviniendo en razón de su cargo, todo ello sin un concurso público ni otro tipo de llamado a fin de completar ese cargo, sino por contratación directa de su persona, respecto de María Cecilia Corbalán Gallardo su pareja.

Circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal:

Concorre la agravante de abuso de confianza, por cuanto, este ha cometido los mencionados delitos en razón de su cargo, y abusando de él ha vulnerado la confianza del interés fiscal al efecto, pues él debe velar por la transparencia, probidad y no abusar de la confianza en la administración del erario público que se le ha entregado en base a una relación soberana de la confianza que ha depositado la gente en su persona al haberlo elegido.-

Grado de Desarrollo:

Los delitos materia de la acusación se encuentran **consumados** en atención a que el acusado ejecutó todos y cada uno de los elementos del tipo penal, tanto en su faz objetiva como subjetiva.

Grado de participación atribuida al acusado:

Al acusado se le atribuye la calidad de autor ejecutor de los delitos de negociación incompatible y fraude al Fisco de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, toda vez que ejecutó en forma inmediata y directa los elementos de los tipos penales hasta su consumación.

Preceptos legales aplicables:

Son aplicables los siguientes preceptos legales: artículos 1, 3, 5, 11 N° 6, 14, 15 N° 1, 22, 30, 31, 50, 67, 68, 69, 239 y 240, todos del Código Penal; artículos 248, 259 y siguientes del Código Procesal Penal, y demás disposiciones legales pertinentes.

Pena solicitada:

El querellante, en cuanto a la pena asignada por la ley a los delitos, considerando la naturaleza jurídica de los ilícitos que se investigan, la concurrencia de una circunstancia atenuante y la concurrencia de una agravante y de conformidad a lo establecido en los artículos 67, 68 y 69 del Código Penal, solicita se aplique al acusado LUIS EDUARDO ESCANILLA GAETE la **pena de ochocientos dieciocho días de**

reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para cargos, empleos u oficios públicos en su grado medio y multa del cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere retomado en el negocio, y costas como autor de un delito de negociación incompatible; y la **pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, inhabilitación absoluta especial perpetua para cargos, empleos u oficios públicos en su grado medio y multa del cincuenta por ciento del perjuicio causado y costas como autor de un delito de fraude al Fisco.**

En su **alegato de apertura**, el abogado querellante manifestó que, en relación al hecho 2, estamos frente a un alcalde que lleva 4 periodos en el cargo, casi 16 años, es una persona perita, dotada de suficiente conocimiento y experiencia, ha participado en seminarios y cursos y es contador, siendo inculcado en relación al principio de probidad esencial en la administración pública, incluido en nuestra Constitución. Sin embargo, el señor alcalde, sin haber pasado por el Concejo municipal, procedió a contratar directamente la mantención de las áreas verdes de la comuna, sin llamar a concurso público, adjudicándoselo a una persona con la que mantiene diversos vínculos y una relación de amistad pública y acreditable. Él sabía cuáles eran las cláusulas del contrato, que eran \$2.770.000 sin reajustes, pese a lo cual, luego del primer año en que se pagó lo que correspondía, durante los dos siguientes procede a pagar todos los meses sumas superiores que se pueden imputar a reajuste o impuesto,

según el informe de Contraloría. O sea, incumpliendo el contrato, en perjuicio del fisco y de manera contumaz a través de este ardid y puesta en escena de este engaño, ocasionó una pérdida por un monto mayor a \$4.461.715. Este perjuicio se va consumando mes a mes, y al respecto hay que tener presente que el pago se realizaba firmando cada vez los respectivos decretos alcaldicios el imputado. Se logrará mostrar en el juicio cómo se gestó esta puesta en escena y cómo se ocasionó el perjuicio al erario público. En relación al hecho 1, podremos observar cómo el señor alcalde, teniendo su pareja Cecilia Corbalán, constituye una sociedad de responsabilidad limitada dedicada al rubro inmobiliario para tramitar las compras de terrenos para los comités de vivienda mediante el Serviu. En el año 2006, sabiendo que no podía contratarla, porque antes había intentado hacerlo, lo hace directamente para trabajar en un colegio municipal, sin concurso público y siendo su pareja y socia, que es lo que exige la figura penal. Mediante esta conducta, ha dado interés a otro con el que se mantiene vinculado, interés ascendente al monto de la remuneración de 242 mil pesos y fracción que ella recibía. Y lo hizo en el ejercicio de su cargo, considerando que su calidad de funcionario público no se discute. Su parte considera que se darán por acreditadas las referidas figuras penales, y se deben interpretar a la luz de las normas del principio de probidad que tiene rango constitucional.

A su turno, en la **clausura**, indicó que se habla de dos delitos funcio-

narios que necesariamente deben interpretarse de acuerdo a la modificación constitucional del principio de probidad, que debe cumplirse a su vez a través de la legalidad, eficiencia, eficacia, honestidad y transparencia, haciendo prevalecer el interés colectivo por sobre el individual, como lo señala la historia de la ley. La negociación incompatible parte refiriéndose a un “empleado público”, el alcalde, que tiene diversas responsabilidades: administrativa, civil, política y la que aquí se ve, la responsabilidad penal. La defensa ha intentado ver que se confunde éstas, pero el funcionario de contraloría dijo que no coinciden los sujetos. La norma alude a continuación a que este funcionario directa o indirectamente “se interese en la operación”. En este sentido la propia Cecilia Corbalán reconoce la situación de su contrato, señalando el acusado que perdió la confianza en ella y por eso dejó de trabajar con él, y que prácticamente no participó en su contratación, pero no es lógico que el mejor amigo, el señor Toledo que es el jefe de educación, quien lo acoge en su casa luego de su separación, contrate a espaldas suyas, a traición, a su ex pareja y socia. El alcalde “interviene en razón de su cargo” porque él es quien firma el contrato. La conducta típica es “dar interés a alguien con el que está asociado”: él sabía que la sociedad estaba vigente, que operó año a año y se renovó, hasta el 2011 incluso, es decir, sabía de esta ilegalidad y la señora Corbalán se lo expresa. Este tema lo tocan en el Concejo, como lo dijeron la señora Lorca, el señor Edwards y el ex concejal señor Pérez. Este delito existe, es de peligro abstracto, y debe

sancionarse, el legislador ha anticipado la penalidad, como en el delito de conducir sin licencia. ¿Error de prohibición? No cualquiera, debe ser invencible, y aquí lo era. El alcalde es una persona preparada, asiste a seminarios, es alcalde hace años, contador, administrador público; hay divulgaciones de manuales de probidad como dijeron los funcionarios de contraloría, que establece el principio de probidad, inhabilidades de ingreso a la administración y los casos de responsabilidad penal, entre otros aspectos. Además tenía la asesoría jurídica. Es decir, tenía dominio del hecho, conocía la situación y el error para él no era invencible, especialmente cuando se manifestó que era una persona minuciosa que jamás firmaba sin antes revisar. La sociedad operó, estaba vigente y no se hizo el término de giro. El perjuicio no es requisito. Se ha cumplido el estándar de convicción, el de la duda razonable. De aplicarse el error debe interpretarse en sentido restringido, y en este caso era vencible. En cuanto a temas jurisprudenciales, citó al profesor Rodríguez Collados en cuanto a que el bien jurídico protegido es la función administrativa objetiva, imparcial y honesta, y se trata éste de un delito de mera actividad, dio interés a un tercero asociado con él, y la jurisprudencia dice que no se exige una ventaja, sólo que se interese, y tampoco un perjuicio o un riesgo. El profesor Matus indica que el delito se consuma con la sola verificación de las conductas descritas, es decir se exigen los contratos y que sean capaces de producir obligaciones. Estima entonces que este delito se encuentra acreditado.

En cuanto al fraude al fisco, es indiscutible su calidad de funcionario público, que interviene en esta operación en razón de su cargo, quien “consiente que otro defraude”. Esto lo dice porque se acreditó su amistad con el señor Román, que su hijo trabajaba en la municipalidad y había una relación contractual mantenida en el tiempo. Los concejales le representaron este hecho pese a lo cual el acusado no tomó las medidas pertinentes, igual que Contraloría y la comunidad. ¿Quién gestionó el contrato? El concejo no. El contrato fue totalmente mal ejecutado, lo que se le advirtió, y no tomó medidas; él sabía el precio, representando al fisco y firmando los decretos no podía consentir en que otro defraudare, y hay que tener una máxima cautela en este tema: se debe tener un cuidado especial. Cualquier funcionario público podría decir que no sabía, podría tratarse de una conducta habitual. Era el único contrato por mantención de áreas verdes. Incluso un hermano del acusado trabajaba con el contratista. Los funcionarios de contraloría dijeron que no era común que se hicieran pagos indebidos y menos que se devuelvan en un tiempo tan posterior. En definitiva, había problemas con este contrato. Es evidente que las prestaciones esenciales de un contrato se conocen, como el precio y la contraprestación. Y aquí lo importante es que se pagó en exceso. La señorita Angelina dijo que veía las facturas y ellas decían reajuste, todos los meses, no como lo indicó el señor Román que dijo que en una sola factura puso todo el reajuste. “¿Cómo es posible que el reajuste se aplique en el precio en

forma negativa? Si US. revisa las facturas ¿está todo el reajuste en forma negativa?, evidentemente era IVA” (Sic). Lo importante era que este pago en exceso era mes a mes y que era un pago indebido. El alcalde tenía conocimiento de la situación, que es perito en la materia y fue contumaz en el tiempo con su conducta, y hay dos entes legales que le manifiestan esto, el Concejo y Contraloría, y no toma las medidas del caso. El bien jurídico protegido por esta figura es el deber de lealtad del funcionario público en sus funciones y cometido, es decir la probidad cuando el patrimonio fiscal con un criterio económico y de eficiencia, objetividad parcialidad transparencia para las labores estatales. Perjuicio, está claro en cuanto al monto. Él intervino en la operación, y no se exige que sea el único sujeto. ¿Dónde está el engaño o ardid? Es imposible que una funcionaria contadora ingrese el dinero sin registrarlo, hay una mentira que produce el engaño del fisco. La jurisprudencia siguiendo este manual establece que el incumplimiento de deberes funcionarios aun sin engaño pero habiendo mentira constituye este delito; que el abuso de confianza –había aquí una amistad– igualmente lo constituye; que si el funcionario no vela por las contraprestaciones también, y si el estado paga algo a lo que no estaba obligado igualmente se configura. Las operaciones que constituyen este delito se entienden en sentido amplio, y en esta línea pidió revisar las sentencias de la E. Corte Suprema de 7 de abril de 2009 y de 17 de junio de 2010. En definitiva, pide se condene al señor Escanilla por los dos delitos.

En su **réplica**, señaló que los concejales querellantes son de todas las tendencias políticas, y la señora Lorca no dijo que jamás votaría por el acusado, dijo que no lo haría por quien no vele por los intereses de la comuna. En relación al contrato, la parte contrario hizo ver el tema del reajuste y el error, pero se pregunta ¿por qué no se hizo valer la garantía? Aquí había un monto consignado por el contratista que equivalía a un mes reajutable y que se pudo hacer valer. Quedó establecido que no se mantenían bien las plazas, no se cumplía el contrato, y el propio jefe de obras dijo que no se hizo reajutable porque no había dinero para pagar más, pese a lo que se decidió pagar más. El tipo penal de la negociación incompatible habla de incompatibilidad y no inhabilidad como el 220; el 240 es más importante porque ha decidido nombrar a todas las personas que se encuadran en el tipo, es más preciso, pudiendo estimarse que el 220 constituye una ley penal en blanco: El 220 habla de inhabilidad legal, debiendo remitirse a la ley 18.575 que contiene la 19.653 donde están las inhabilidades, es decir la norma se remite a otra ley. En cambio, el legislador ha dado importancia al 240 que es más preciso en las personas que caben en esta figura que a su vez se incluyen en el manual de transparencia y probidad. Además, el alcalde contrató a alguien, no lo designó, son dos actos jurídicos, el contrato y el decreto. Según la defensa hubo sumarios y sanciones, pero el funcionario de la contraloría dijo que aún no se han aplicado.

CUARTO: Posición y argumentaciones de la defensa. La defensa del acusado, por su parte, planteó en el juicio, en su **alegato de apertura**, que le llama la atención que se hable de probidad en el ejercicio de un cargo público y no se haga referencia a lo que dice la ley del ramo, la ley 19.953, especialmente sus artículos 54 y siguientes. La génesis y lo que origina este asunto es una persecución política. El señor alcalde es del partido PPD y quienes lo acusan son de su oposición política, que han tenido interés en sacarlo del cargo para hacerse con la municipalidad. Sin perjuicio que los delitos sean formales, perjuicio patrimonial no ha habido: en el hecho N° 1, no se creó a la persona un cargo ya que la persona que estaba fue destituida por un sumario, la nueva persona reúne todos los requisitos y su sueldo es el mismo que tenía el anterior. Es decir, no se creó un cargo para un servicio inexistente, ningún porcentaje de dicho sueldo ha llegado al bolsillo del acusado, por lo que el perjuicio es más bien formal. En el segundo caso, los contratos de esa naturaleza son reajustables, y al celebrarlo se cometió un error por no mencionarlo, sufriendo un perjuicio el contratista adjudicatario. Los reajustes del IPC que eran los que se pagaban de más, correspondían de acuerdo a la práctica habitual, incluso en otros contratos con este mismo señor. De este modo, no hay un interés de generar ingresos o egresos en beneficio de este contratista o del alcalde. Cabe destacar que una vez que se conoce esta situación, esta persona hizo devolución íntegra de los dineros pagados en exceso, de modo que tampoco hubo

perjuicio alguno. La defensa solicita la absolución del acusado y la expresa condena en costas. En el hecho 1 porque el hecho no es constitutivo de delito y existiría un error de prohibición. Sostiene que el artículo 240 exige dar interés a un tercero, pero la doctrina dice que debe ser un interés patrimonial; sin embargo, estima que hay que aplicar el artículo 220, de los nombramientos ilegales, por cuanto la señora empezó a cumplir una función pública independiente de cómo se la contrata, por lo que debía cumplir los requisitos para cumplir dicho tipo de función, no pudiéndosele nombrar si concurre alguna de las inhabilidades legales que no son las del artículo 240. Esta norma dice que no se puede contratar a una persona con la que se es socio, pero el 220 habla de esta persona que tiene negociaciones con la municipalidad: o sea, no es cualquier socio, sino con un socio en una sociedad con la que se tenga algún vínculo. En definitiva, cree que la norma aplicable es la del art. 220, existiendo un error tanto del fiscal como del querellante. Inhabilidades no existían, ella sí estaba habilitada para ejercer la función pública, y el alcalde por tanto estaba habilitado para nombrarla. En caso de no compartir el tribunal este planteamiento, alega un error de prohibición, en el sentido que el alcalde conoce la normativa administrativa pero no la penal, él no es abogado, la municipalidad no tiene abogado corrientemente ni un departamento jurídico, por lo que no está en condiciones de manejar toda la legislación aplicable. De hecho ha habido varias deficiencias administrativas, hubo sumarios y sancionados, y se ha

tratado de remediar cada situación. No se ha dado el elemento engaño presente en todos los fraudes, el alcalde lo único que hizo fue firmar el contrato y después los decretos de pago y algunos de los cheques, ya que la mayoría de los cheques tampoco fueron firmados por él, no ha habido engaño porque el alcalde ha supuesto que cada funcionario ha cumplido sus roles, lo único que él debía hacer cuando le llega un cheque para firma era revisar que los montos correspondan y se haya calculado bien el IPC, eso se le puede exigir como contador que es, pero no recibe el contrato, tampoco se acreditará que el alcalde haya influido o intervenido en las funciones de sus dependientes: hay un error de prohibición y un error de hecho.

A su turno, en el **alegato de clausura**, señaló que lo señalado por los acusadores no fue lo que él anunció en la apertura. Esto es un tema de persecución política. Después de escuchar a los concejales quedó claro que ellos han efectuado imputaciones por diversos hechos, entre ellos los que nos convocan, los que han sido conocidos por contraloría, se han instruido sumarios, se han enviado al Tricel, delimitándose en cada caso si ha habido faltas y las responsabilidades. Sus declaraciones no pueden ser consideradas imparciales, hubo una clara animosidad política en la señora Lorca hacia quien no es de su partido, por el que dijo jamás votaría. El señor Edwards aún cuando es fiscalizador de la municipalidad manifestó desconocimiento bárbaro del funcionamiento de un municipio. Este tribunal es de derecho y debe eliminar

los yo creo, parece, palabras o frases que estuvieron abundantemente en sus declaraciones. Eliminando ello tal vez quedarían con un 10% de la información. Influye el prisma con el que se mira, para algunos es falta de diligencia, para otros delitos. Señaló que hay persecución política para que el tribunal considerara esa posibilidad, y lo mismo respecto de que no hay perjuicio, no porque sea requisito del tipo, porque no lo es, pero lo señaló para graficar si había motivo, y aquí no había beneficio del alcalde en contratar a una persona con la que ya no había relación de pareja; se imagina que de acuerdo a la lógica si terminaron no fue en términos amistosos. En el mismo sentido, cuál pudo ser su beneficio en contratar al contratista, a quien se le pagaba muy poco, y después se establece que se hacía cargo de un 16% más de las áreas que le correspondían; si aplicaba el reajuste era sólo para mantener el valor adquisitivo de la suma por la que contrató. Los recursos son limitados y por eso se asignaba un monto bajo, hay que ver por qué no se podía hacer cargo de todas las áreas. El tema de la devolución no es relevante, o su fecha, pese a que fue así, se guardó en una caja fuerte. La defensa plantea que los hechos no son constitutivos de delito, y si el tribunal entiende que lo son, ahí entra el tema del error de prohibición. Explica: el artículo 260 del Código Penal señala para estos casos quiénes se reputan empleado público, y la señora Corbalán es funcionaria pública que ejerce una función pública. De existir delito, ¿cuál es la norma aplicable? El artículo 240, como dice Etcheverry, se

refiere a dar interés en un contrato de carácter patrimonial, pero el artículo 220 regula los nombramientos, personas que ingresan a cumplir una función pública, y es una norma más específica que debe prevalecer ya que habla de las inhabilidades para nombrar. El 240 señala que la persona inhabilitada es el socio, en cambio en el 220 indica una fórmula diferente, designar a sabiendas, o sea con dolo directo, y alude a las inhabilidades para ingresar a la administración pública, que están en la ley de probidad administrativa, artículo 53 letra a), referida a las personas que tengan contratos o cauciones vigentes o litigios con la institución pública, o sean socios de una sociedad que tenga alguno de estos vínculos, o sea no basta ser socio sino que la sociedad tenga estos vínculos. Si bien ambas normas se refieren a los socios, el 240 es más amplio, pero el 220 exige otra cosa, que la sociedad tenga vinculación en este caso con la municipalidad. Se consultó a los testigos y dijeron que estos vínculos no los tenía. Por el principio in dubio pro reo, entre estas dos normas debiera aplicarse la más favorable, que además es la más específica, porque de irse a la otra norma se vulneraría la libre contratación consagrada en la Constitución Política. Si el tribunal estima que no es esa la norma aplicable, existe un error de prohibición: el alcalde maneja las leyes aplicables en el ámbito administrativo, pero no la penal, y en su concepto contrataba a una persona hábil para el cargo, de acuerdo a “su ley” estaba habilitado para contratarla.

Respecto del segundo hecho, la lógica y la experiencia indican que aunque el alcalde es el último responsable, existen departamentos que tienen funciones y deberes, cada funcionario las tiene, el alcalde es imposible que verifique cada acto realizado por sus funcionarios. No podría existir una persona que realizara en forma cabal y diligente esa función. Escuchamos que se firman como 2.000 decretos al año, ¿se imaginan revisar pormenorizadamente cada uno de los documentos que inciden en cada decreto de pago, emanados del director de obras, del inspector técnico, de finanzas? Esto es un tema de responsabilidad, de omisión, no es un tema de actos. Nadie indicó que el alcalde influyó en que otro funcionario para que omitiera algo, para que cometiera un error, para que hiciera algo, a él le ponían las cosas para firma, ya con cuatro firmas autorizando o revisando. ¿Por qué el debiera sospechar? Distinto es que el decreto no tuviera firmas o firmara un desconocido, ahí habría cumplido mal su trabajo. Los funcionarios cometieron errores y fueron sancionados. ¿El responsable obligatoriamente es del alcalde? ¿Tiene responsabilidad política, administrativa y también penal? Estima que es injusto que esto se resuelva de esa forma. Respecto si había asesor jurídico, hay un abogado para temas puntuales como dijo el alcalde, para litigios. Los concejales no dijeron cuál era la oficina del asesor, sus horarios. Si hubieran tenido un abogado respecto de la señora Corbalán probablemente le habría dicho lo mismo, y en el caso del contrato de mantención, que debería ser reajutable. Solo en caso

de duda se consulta, como cuando la ley es clara no se interpreta, o cuando se está sano no se va al médico. Si la contratación de la señora Corbalán no revestía mayores dificultades no ve por qué consultar. Terminó señalando que solicita absolución y condena en costas.

En su **réplica**, a su vez, manifestó que se recibió este dinero de devolución y se guardó en caja fuerte, porque Contraloría no señaló plazo ni forma de hacerlo, Bernasconi dijo que se cerró el ciclo, y tal vez lo más aconsejable fue lo que hicieron. ¿Qué pasa si el sumario acoge los descargos? Debería haberse devuelto el dinero al señor Román, por eso Contraloría espera el resultado para iniciar las acciones legales. El querellante se pregunta ¿Por qué no se hizo efectiva la garantía? Estaba establecida para incumplimientos, y no alcanzaba para pagar todo el monto para pagado en exceso, los 4 millones y tanto. ¿Desde cuándo toman conocimiento los concejales de esta situación irregular? a raíz del informe de contraloría, a pesar de haber tenido el contrato en su poder, lo claro es que ni ellos se dieron cuenta, solo se podía entender que se pagaba de más si tenían el contrato y los decretos de pago, solo así se podía advertir, y por eso lo hicieron los fiscalizadores de Contraloría. Por eso el alcalde al no tener esos documentos juntos no se dio cuenta. En la querrela tampoco iba el tema de la contratación de la señora Corbalán, lo que lleva a que no se discutió en el Concejo, seguramente no lo tenían claro, y es falso lo que dijeron respecto que representaron ese tema.

CUARTO: Versión del acusado.

El acusado, renunciando a su derecho a guardar silencio, declaró en la audiencia del juicio oral, en la oportunidad prevista en el artículo 326 del Código Procesal Penal.

Manifestó, primeramente en forma espontánea, que en el año 2008 fue candidato a la reelección por cuarto periodo, y tuvo con el candidato a alcalde Manuel Pérez y los concejales Edwards y Lorca una campaña con mucho desprestigio, pese a lo cual fue reelecto. El día antes de iniciar este último mandato, 2008–2012, el 5 de diciembre, presentaron un requerimiento ante el Ministerio Público, ante la Contraloría y ante el Tricel por doce cargos relacionados con el notable abandono de deberes, con la idea de inhabilitarlo. Pero de esos hechos el Ministerio Público dejó solo en definitiva dos cargos. Respecto del primer hecho, efectivamente tuvo una relación sentimental con María Cecilia Corbalán por siete años, y en el año 2001 constituyó una sociedad de contabilidad con ella. Antes de ser alcalde, en el 96, tenía una oficina de contabilidad, él estudió para contador público, y trabajaba con ella en esa oficina. Habiendo iniciado una relación sentimental paralela con su actual pareja, Marcia Donoso, a principios de mayo de 2006 se va de la casa de Cecilia donde vivía, a la casa de un amigo, permaneciendo allegado ahí por un mes y medio. En esa época al Liceo Juan Pablo II llega un nuevo director, Cristian Frías, que investiga irregularidades y se le hace un sumario a Francisco Alcaíno, y por varios

meses en que éste presenta licencias, renunciando luego en agosto de 2006. A fines de mayo, al terminar la relación con Cecilia, ella deja de ser socia de la oficina de contabilidad que tenían, la que mantiene movimiento hasta comienzos de 2007, haciendo después el término de giro correspondiente. A Cecilia se la contrata en el cargo del señor Alcaíno, paradocente del liceo, y para ello tenía las competencias requeridas, el jefe de educación la conocía, sabía sus competencias, y la presentó al director del liceo para que cumpliera esas labores, en las que continuó hasta la fecha. En esa oportunidad, cuando se firma el contrato, su participación fue la firma como sostenedor y representante legal de la municipalidad, pero la gestión era del departamento de educación. En esa oportunidad Cecilia no era su pareja y él creía que no tenía inhabilidad, porque así lo establecía la ley de probidad: no tenía contratos con el municipio ni condena a pena aflictiva. Vino él a conocer la prohibición una vez que los intervinientes presentaron la querrela, la que conoció a principios de enero de 2009, por ser socia. Actualmente conoce la ley orgánica municipal, el estatuto docente, pero no la ley penal. La municipalidad carece de recursos económicos para contratar un abogado estable, se contrata solo para demandas que hayan, y por eso no contó con la asesoría necesaria.

En el hecho 2, en enero de 2009 por una investigación de rutina de Contraloría General de la República, advierte un pago irregular al contratista de áreas verdes Juan Carlos

Román Vergara, a quien habiéndose contratado por sumaalzada, se le pagó el contrato reajustado por IPC durante dos años en forma indebida. El contratista ingresó la factura reajustada en enero de 2007 a oficina de partes, de ahí se va al departamento de finanzas y después a contraloría, donde se reúnen todos los documentos, se elabora el decreto de pago, se requiere el informe del ITO. Después donde se revisa todo es en finanzas y tesorería, y una vez hecho eso se pagó, lo que efectivamente no correspondía, por ser a sumaalzada. Habitualmente los contratos de prestación de servicios son reajustables, y actualmente el contrato con Starco lo es, así como el nuevo contrato de áreas verdes. Fue la dirección de finanzas donde no se advirtió el error de que no procedía este pago reajustado. Él firma los decretos de pago habitualmente, pero no así los cheques, ya que para eso en la municipalidad hay cuatro firmas autorizadas, dos titulares y dos suplentes. Una vez que se genera el pago, con los respaldos, el respectivo decreto lo firma la secretaria municipal, la tesorera, la jefa de finanzas y el administrador municipal. Al final firma él, validando todo el proceso. Él debe confiar que cada departamento cumple su rol, no puede revisar todos los contratos y los cheques, confía en el resto de los funcionarios, ya que actualmente tienen un presupuesto de más de 5.000 millones de pesos. Actualmente como una medida correctiva se creó una especie de unidad contralora interna. Estos hechos ya fueron investigados por la Contraloría, y en su oportunidad el

que habla fue absuelto de todo cargo, y del mismo modo ante el Tricel.

Interrogado a continuación por el fiscal, agregó que se desempeña como alcalde desde el 6 de diciembre de 1996, ininterrumpidamente, siendo electo en cada periodo. Es contador y administrador público, de la universidad bolivariana, carrera que duró cuatro años, y para contador estudió en el Instituto Comercial de San Fernando. Como alcalde, ha participado mucho en capacitaciones, tanto al alcalde como a funcionarios, y se participa en la medida que sea posible, dependiendo de la existencia de recursos en tesorería, en probidad y transparencia. En la municipalidad no existe un departamento jurídico, el abogado que asiste es para causas judiciales, no como asesor permanente en contratos o nombramientos, aunque puede ser que a veces resuelva dudas. El asesor jurídico es actualmente don Mario Verdugo, y en 1996 era don Bladimir Román Riquelme, hijo de don Juan Carlos Román Vergara. En el año 1996 no recuerda quién lo era, no siempre ha habido un asesor jurídico, se limitaba a los juicios, si se demandaba al municipio. Su municipalidad está en la Asociación Nacional de Municipalidades, desde que son municipio, todos los años les llega una ratificación de la asociación. En el papel esta entidad tiene la posibilidad de responder consultas jurídicas, pero en la práctica no, dado que carece de los medios para solventar todas las dudas; solo cosas puntuales. En su carrera tuvo ramos de derecho, pero no recuerda cuáles. María Cecilia Corbalán fue su pareja por aproxi-

madamente 7 años, desde el 98 hasta el 2006. Trabajó con ella en su oficina de contabilidad desde el 2003 o 2004 hasta el quiebre sentimental en mayo de 2006. Ella era su secretaria contable. Esa oficina era su negocio paralelo a su actividad como alcalde. En esa oficina el rubro principal era contabilidad, pero se amplió a inmobiliaria para ventas de terrenos, pero eso no se dio nunca. Esperaban realizar corretaje de propiedades, intermediación en ventas de terrenos. Constituyó una sociedad de responsabilidad limitada con ella en octubre de 2001, con la finalidad era mantener la oficina de contabilidad para sus clientes más fieles pese a ser alcalde, es de conocimiento público que él es contador y que mantenía esta oficina, y quiso mantenerla porque no podía hacerlo como persona natural debido a que sus actividades de alcalde le consumirían todo su tiempo. La sociedad se constituyó con dos socios, Cecilia y él, con un cincuenta por ciento cada uno. Se hizo el inicio de actividades y el timbraje de boletas, y se entregaban boletas de ésta a los clientes. Cecilia intervenía como representante de la sociedad en algunos corretajes de propiedades. Con Cecilia también vivieron juntos, fueron convivientes, y cuando terminan su relación él vivía en la casa de ella. Él tenía casa propia pero cuando se fue a vivir con ella abandonó su hogar que tenía con Eliana Armijo. Con Cecilia también vivieron en otra casa en San Fernando, la que dejaron porque empezó a construir una nueva vivienda; se fue a vivir con ella para ahorrar para la casa en construcción. Pero esta casa no alcanzó a estar terminada cuando se separó de Cecilia.

La casa se construía en un terreno eriazado que era de unos parientes de ella, se lo compraron a ellos en conjunto él y Cecilia. Terminaron con Cecilia a principios de mayo de 2006, lo que implicó que ella salió de su oficina de contabilidad. Los ingresos de ella eran los relacionados con el trabajo en su oficina. Es decir, al terminar la relación ella quedó sin trabajo, porque era obvio que no iba a seguir yendo. Él siguió manteniendo la oficina hasta inicios de 2007, por sus clientes. Cecilia Corvalán no siguió recibiendo remuneraciones. Cristian Frías era el director del Liceo. El jefe de educación en ese tiempo era Osvaldo Toledo, y es éste quien propone la contratación de Cecilia porque la conocía y sabía que tenía conocimientos contables y competencias para el cargo, y además sabía que ella en mayo de 2006 se encontraba cesante, por eso la llama para ofrecerle el cargo; pero no sabe cuando fue ese llamado. Él se entera cuando llega a su escritorio el nombramiento y el decreto para la firma del contrato. No se entera antes, ya que en todos los contratos es el Daem el que hace los decretos de contratación de cargos menores como paradocente; no así profesores. Aunque en este caso el contrato no lo hizo el jefe del Daem, lo hizo él. Al momento de hacer este contrato la sociedad con Cecilia se encontraba vigente en el papel. La sociedad se llamaba Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia limitada. El fiscal le preguntó ¿no sabe a qué personas se van a contratar? La norma es que los contratos menores son de facultad de los propios directores, más aún ahora con la nueva ley, pero en esa oportu-

nidad llegó el contrato a su escritorio, y no fue impedimento firmarlo porque María Cecilia no tenía inhabilidades ni contratos con el municipio, y legalmente no dependía de él como pareja. No hubo llamado a concurso para ese cargo, fue una contratación directa, pero a pedido del director de educación. Aquél conocía a su pareja porque es lógico: Nancagua es una comuna chica y siendo Cecilia su pareja iba a los actos de finalización del año escolar, celebraciones e inauguraciones.

Se le exhibió al acusado la prueba documental 1, 2 y 3 de la fiscalía, documentos que reconoció, indicando que el 1 corresponde a un contrato de trabajo entre él con Cecilia Corbalán, fechado el 30 de agosto de 2006 en labores de paradocente administrativa en el Liceo Juan Pablo II. El 2 es el decreto alcaldicio N° 3224 de la Municipalidad de Nancagua de la misma fecha, que aparece suscrito por él como alcalde y el secretario municipal subrogante señor Ricardo Aguirre; y el 3 es un extracto de la inscripción en el registro de comercio de San Fernando de la sociedad María Cecilia Limitada. No es efectivo que esté vigente porque esta sociedad está disuelta, anotada en el registro de comercio, lo que se hizo a mediados del 2011.

Consultado respecto de sus principales funciones como alcalde, dijo que es el representante legal de la municipalidad, quien administra todos los bienes y servicios del municipio, se encarga de la ejecución presupuestaria y junto con el Concejo vela por el desarrollo y bienestar de la comuni-

dad y los usuarios de la municipalidad; debe velar por los objetivos de la educación, especialmente de los niños más necesitados, la salud primaria, el aseo y ornato de la comuna, y por la administración de los recursos. Los principales problemas de una municipalidad son la carencia de recursos, dependen del fondo común municipal y por ello deben resguardar los recursos municipales. Su municipio dentro de los de la región tiene números azules, no deben nada, en otros municipios están endeudados y se ha formalizado a alcaldes por no pago de la luz. Es un alcalde acucioso y preocupado conjuntamente con el concejo municipal, por la administración de los recursos.

Juan Carlos Román Vergara es un contratista dedicado a la mantención de las áreas verdes y del estadio municipal, es muy conocido pero no está dentro de sus amigos, los que cuenta con los dedos de sus manos. Lo conoce hace unos 14 o 15 años. Él era el encargado de esa mantención de áreas verdes de Nancagua. A él se le hicieron como tres contratos, de tres años cada uno, por ende aproximadamente 9 años, pero no recuerda a partir de cuándo. El no participa en la elaboración de este tipo de contratos, los términos generales los realiza el departamento de obras municipales, él conoce la génesis, que se adjudique a quien se presentó, que los montos corresponda, pero cada departamento se encarga de su parte. Respecto del contrato 299, en virtud de él debía pagarse \$2.770.000 aproximadamente, mensuales, sin reajuste, lo que aparecía claro en la cláusula quinta del con-

trato. Al momento de constituirse este vínculo con el señor Román él lo firmó, y tenía claridad de lo que se celebraba, pero muchos contratos de prestación de servicios similares son reajustables, aunque éste no lo era. El proceso de cancelación de este tipo de contratos partía cuando el contratista ingresaba mensualmente la factura a la oficina de partes, se envía de allí a finanzas y tesorería, se solicita la calificación con la nota por el ITO sobre el cumplimiento del contrato, para generar el decreto de pago y respectivo cheque; eso se hace simultánea o separadamente. El ITO es el inspector técnico del contrato, que era el Director de Obras, Ricardo Aguirre Camposano, que tenía por función verificar que se cumplieran las faenas contratadas, que se regaran las áreas verdes, que estuviera limpio; en el contrato se detallaba las plazas y áreas verdes que debían mantenerse. Esta persona ponía nota y si había notas deficientes se retenía el pago hasta que se subsanara el error. Este contrato 299 era para el periodo 2006-2008. Retomando el proceso de pago, cuando pasa por tesorería la factura, se va al alcalde para firmar el decreto municipal, luego vuelve a tesorería para hacer el cheque, el que firma el alcalde junto con la secretaria municipal, o sea, una vez terminada toda la cadena. Hay dos ocasiones entonces para el control del alcalde, al firmar el decreto de pago y al firmar el cheque, cuando corresponda, porque puede ser que él no firme el cheque porque hay otras personas habilitadas para ello. No puede haber sin embargo un pago sin el decreto de pago, donde sólo lo puede reemplazar el alcalde subrogante en caso

de licencia, ausencia u otros. Cada decreto de pago se individualiza por cada boleta o factura que llegue al municipio. Por este contrato 299 no se pagaron reajustes el año 2006, pero se empezaron a pagar a partir de febrero de 2007.

Se exhiben más documentos al acusado, quien al efecto señala que reconoce el contrato 299 por la concesión para la mantención de áreas verdes de la comuna de Nancagua, fechado el 1 de enero de 2006, en que figura como adjudicatario Juan Carlos Román Vergara, por el periodo 2006-2008. Cláusula quinta: el contrato será a suma alzada y sin reajuste por un valor de \$2.770.000 mensuales. Lo suscriben el acusado como alcalde y el señor Román. Enseguida, decreto de pago con el memorando de informe de notas por el servicio efectuado. Reconoció también un conjunto de decretos de pago con el memorándum de informe de notas del servicio efectuado, correspondientes en lugar a los del año 2006: N° 255 de 3 de febrero de 2006 por el monto de \$2.770.000; decreto de pago N° 433 de fecha 03 de marzo de 2006; decreto de pago N° 578 de fecha 04 de abril de 2006; decreto de pago N° 909 de fecha 08 de mayo de 2006; decreto de pago N° 1240 de fecha 07 de junio de 2006; decreto de pago N° 001515 de fecha 06 de julio de 2006; decreto de pago N° 1834 de fecha 04 de agosto de 2006; decreto de pago N° 2204 de fecha 07 de septiembre de 2006; decreto de pago N° 2459 de fecha 05 de octubre de 2006; decreto de pago N° 2728 de fecha 03 de noviembre de 2006; y el decreto de pago N° 2991 de fecha 05 de diciem-

bre de 2006. Todos estos decretos de pago aparecen efectivamente firmados por él y fueron emitidos por la suma de \$2.770.000. Continúa con los del 2007: decreto de pago N° 249 de fecha 05 de febrero de 2007, por la suma de \$2.980.116; decreto de pago N° 448 de fecha 05 de marzo de 2007 por \$3.175.082; decreto de pago N° 595 de fecha 08 de abril de 2007 por \$3.057.599; decreto de pago N° 977 de fecha 04 de mayo de 2007 por \$3.057.599; decreto de pago N° 1257 de fecha 05 de junio de 2007 por \$3.057.599; decreto de pago N° 1578 de fecha 06 de julio de 2007 por \$3.057.599; decreto de pago N° 1879 de fecha 02 de agosto de 2007 por \$3.075.599; decreto de pago N° 2297 de fecha 06 de septiembre de 2007 por \$3.075.599; decreto de pago N° 2633 de fecha 04 de octubre de 2007 por \$3.075.599; decreto de pago N° 2892 de fecha 02 de noviembre de 2007 por \$3.075.599; decreto de pago N° 3240 de fecha 05 de diciembre de 2007 por \$3.075.599; y decreto de pago N° 61 de fecha 4 de enero de 2008 por \$3.075.599. Todos los anteriores decretos tienen su firma. Ahora los decretos del 2008: decreto de pago N° 280 de fecha 06 de febrero de 2008, por la suma de \$3.296.091; decreto de pago N° 475 de fecha 05 de marzo de 2008, por \$3.592.540; decreto de pago N° 640 de fecha 04 de abril de 2008 por \$3.296.091; decreto de pago N° 899 de fecha 06 de mayo de 2008 por \$3.296.091; decreto de pago N° 1077 de fecha 03 de junio de 2008 por \$3.296.091; decreto de pago N° 001349 de fecha 03 de julio de 2008 por \$3.296.091; decreto de pago N° 1564 de fecha 05

de agosto de 2008 por \$3.296.091; decreto de pago N° 1815 de fecha 02 de septiembre de 2008 por \$3.296.091; decreto de pago N° 2167 de fecha 03 de octubre de 2008 por \$3.296.091; decreto de pago N° 2441 de fecha 04 de noviembre de 2008 por \$3.296.091; y decreto de pago N° 2765 de fecha 05 de diciembre de 2008 por \$3.244.185. Reconoció cada uno de estos decretos como también suscritos por él.

En el pago intervienen las unidades de finanzas y tesorerías, el de obras a través del ITO y la unidad de control. Las personas que trabajan en estas unidades son personas de planta del municipio, se encontraban desde antes, la mayoría; no promovió o nombró ninguno él. La secretaria municipal que fue quien llegó después ingresó por ganar el concurso público. En relación al tema de los pagos, el decreto es fundamental: sin decreto no hay pago. Hay personas habilitadas para firmar por él los cheques.

Se exhibe la documental N° 44 de la fiscalía, y al respecto dijo: corresponden a fotocopia de los cheques girados al señor Román con motivo del contrato 299, desde el 2007 a diciembre de 2008. De éstos, dos aparecen firmados por el acusado, los demás por las personas habilitadas, la tesorera y el director de obras.

Sabe del monto pagado en exceso por este contrato a raíz de la investigación efectuada por Contraloría, a comienzos del 2009. Fueron aproximadamente 4 millones de pesos. Esto fue a mediados del año 2009 o 2010. ¿Cuándo se restituyó este dinero?

Cuando se tomó conocimiento de la irregularidad, el jefe de finanzas e ITO se contactó con el contratista y aquél restituyó el dinero con sus respectivos reajustes e intereses, y se informó a Contraloría; no tiene clara la fecha.

Examinado a su turno por el abogado querellante, añadió que cuando terminaron su relación sentimental, Cecilia no fue más a la oficina, él no lo hubiera permitido, porque había un quiebre tormentoso, porque ella pensaba que le había jugado mal, se acabó la confianza; este quiebre fue definitivo. Se fue a vivir como un mes a la casa de Osvaldo Toledo, el jefe de educación, quien fue su apoyo y pilar en ese periodo. A Cecilia se la contrató no porque él lo decidiera, sino ante un requerimiento a raíz de una vacante en el cargo del liceo, fue el jefe Daem en conocimiento que había terminado la relación la contactó y le ofreció el cargo. ¿Su amigo que lo acogió fue quien la contrató?, sí, la contrató porque se había acabado la relación y ella estaba sin trabajo. La sociedad era por cinco años, renovables si las partes así lo estimaban, él no hizo la resciliación en el registro de comercio, por ello continuó en el papel hasta enero de 2007; después sí se hizo el término de esa forma. Tuvo movimientos regulares de prestación de servicios de contabilidad; inmobiliarios algunos pero después no; nunca participó en ofertas al Serviu con un funcionario González. En el 2007 la sociedad operó tributariamente. El contrato con Cecilia lo generó educación pero él lo firmó como sostenedor: él decide para efectos de la firma

del contrato. Por esa contratación no hubo llamado a contrato, porque era un cargo menor en la administración pública. Los cargos que lo exigen están regulados en el estatuto docente. Conoce leyes administrativas, pero no las penales. No recuerda haber participado en algún seminario de probidad, sí ha ido a capacitaciones en general. Conoce en términos genéricos el manual de probidad del alcalde y el concejal. A veces llega cuando está al día en los pagos, en otros no cuando se está moroso en los pagos con la asociación de municipalidades. Si hay disponibilidad de caja se puede asistir, tanto nacionales como fuera del país, si se va sin existir fondos ahí sí hay problema. Un miembro del concejo fue el año pasado a una capacitación a Argentina.

Se exhibe documento N° 4 de la fiscalía: Reconoce el Informe final de fiscalización de Contraloría, N° 18-2009, de fecha 12 de agosto de 2009. Lo conoció a mediados de agosto de 2009. Allí se efectuó el reparo en la contratación de la señora Cecilia, pero no se advirtió ninguna situación irregular, porque creían que ella no tenía ninguna inhabilidad, por eso no se tomó alguna represalia o despido. Eso no correspondía porque ella había hecho una buena labor. Contraloría repara si estima que hay algo que corregir, pero se le dio cuenta que este contrato se ajustaba a la norma de administración pública. Respecto del hecho 2, se tomó contacto con finanzas y obras para que se tomara contacto con el contratista para que devolviera los fondos pagados indebidamente, los que se rein-

tegraron con los intereses y reajustes hasta el día que lo hizo; sabe que eso se hizo y los cálculos los hicieron en finanzas. Estima que fue prioridad esta devolución porque era indebido. Tomó conocimiento a raíz de la investigación de contraloría, antes del informe, porque fueron interrogados durante el procedimiento, aunque esperaron que llegara el informe final para saber el resultado. El contratista estimaba que todos sus servicios eran reajustables, él insistía en que por este contrato estaba siendo perjudicado. Fue después en la liquidación que hizo tesorería que él lo reintegró totalmente. Consultado sobre qué hizo él como alcalde entre agosto de 2009 cuando se percatan del pago indebido y junio de 2011 cuando se reintegra, señaló que se trató de ubicar a través de obras y finanzas al contratista para que devolviera los dineros, y así al final se obtuvo la devolución. Este error se advierte a través de una investigación normal de contraloría, y por su informe se logra en definitiva el pago. El informe viene firmado por el Contralor General de la República don Ramiro Mendoza. Este informe fue hecho por el Contralor y, según leyó del informe, a requerimiento del senador Andrés Chadwick y de los concejales señor Edwards, que es de la UDI, y el señor Pérez, que desconoce a qué partido pertenece. Con éste último compartió 8 años, y se cambió de la Democracia Cristiana al PRI y desconoce ahora a qué partido pertenece. La concejala señora Lorca a presentado algunos requerimientos, aunque el informe no la señala, y sabe que ella pertenece al Partido Juntos Podemos. Consultado

ahora sobre por qué se ocupó la fórmula restrictiva del contrato de que fuera a suma alzada, sin reajustes, dijo que cada ítem tiene un presupuesto fijo, y este contrato se ajustaba al presupuesto que tiene la municipalidad, por eso muchos contratos se hacen a suma alzada. Esto que decía el contrato lo conocía en términos genéricos, fundamentalmente el precio y el servicio. El primer año los pagos se hicieron por \$2.770.000 y al segundo año el contratista ingresó la factura con el reajuste del IPC y finanzas verificó que venía con el IPC correcto, procediendo a emitir el decreto de pago, no reparando que este contrato en especial era sin reajuste, y al tercer año se operó en base a la habitualidad. ¿y a qué ítem se cargó el excedente necesario para pagar esto? El pago de este contrato se sujeta a la partida presupuestaria correspondiente de mantención de áreas verdes. Si hay trabajos adicionales durante el transcurso del año, se modifican las partidas con acuerdo del Concejo; eso depende de que el servicio lo requiera, pero desconoce el detalle, porque eso lo ve la Dirección de Obras municipales. El departamento de finanzas supervisa el tema financiero, el pago y recepción de contratos, boletas y facturas; el ITO a su vez supervisa el cumplimiento del contrato, y que se cumplan los trabajos, poniendo nota; el director de obras don Ricardo Aguirre Campusano era el ITO, y fue también por 5 o 6 años secretario municipal. La labor del ITO es fiscalizar el cumplimiento de las acciones contratadas para las que se nombró, él califica y una vez hecho su informe y si hay alguna observación pasa a finanzas

para retener o subsanar alguna deficiencia, o castigar de acuerdo a lo que estipule el contrato. El acusado no revisa en detalle el proceso, para eso está cada una de las unidades municipales, teniendo confianza en que cada uno de sus jefes cumple la cadena de trabajo. Estas personas son de su confianza y siguen trabajando, aunque son funcionarios de planta; los únicos funcionarios de confianza del alcalde son el administrador municipal, el Serplag y el director de desarrollo comunitario. Respecto del señor Román, hasta el 1 de marzo de este año mantuvo la concesión de áreas verdes de Nancagua, pero por un llamado a licitación pública el proceso se lo adjudicó otra empresa por tres años. El contrato 299 fue por el periodo 2006 al 2008, pero éste lo informó al concejo pero no tuvo acuerdo de éste, informó antes que estuviera celebrado el contrato porque siempre se informa y se presentan al Concejo todos los antecedentes para el nuevo contrato. El contratista mantenía esporádicamente también otros contratos, como la distribución de agua en sectores rurales; no conoce otros, pero cada proceso es realizado por la respectiva unidad. Conoce al hijo del contratista, Bladimir Román, es abogado y fue asesor municipal en su último periodo, 2008, 2009 o 2010; hoy es seremi. En el periodo en que sucede esto no tenía asesor legal, porque el abogado se sujeta a asistir con motivo de los juicios al municipio, y tenía remuneración mensual estipulada, siempre hay demandas que requieren de sus servicios, pero la municipalidad no tenía departamento jurídico. No se visitaba con

el señor Román ni participaban en fiestas, aunque es natural que haya podido participar en alguna actividad, no recordando fechas. Conoce la ley de probidad, y sabe de sus inhabilidades, las que son conocidos por todos, no tener parientes hasta el cuarto grado, no tener litigios pendientes ni deudas o condena a pena afflictiva. En cuanto a socios, no lo sabía y apenas se denunció ese hecho se dio cuenta que había sido un error. La municipalidad de Nancagua tiene un Daem, que no tiene la autonomía de una corporación de educación. O sea, el alcalde decide, pero respecto de Cecilia Corbalán fue el Daem quien solicitó su contratación, teniendo en cuenta la vacante existente y las competencias de ella. El acusado firmó el contrato porque no era a esa época su pareja, pensando que no tenía inhabilidades, no eran cónyuges ni litigios pendientes, considerando además que el cargo era de paradocente administrativa. Conoce esas inhabilidades porque están establecidas en la ley de municipalidades y el estatuto administrativo, debe conocerlas y que se deben cumplir requisitos para asumir un cargo público. Con ella construía una casa habitación, los dineros se originaron en un hipotecario que pidió él, para terminar la casa, que fue hecha de a poco. Fue por un monto de cerca de 20 millones de pesos. El ha cancelado las cuotas hasta ahora.

Finalmente, interrogado por el defensor, precisó que sabía quiénes eran los querellantes, de los cuales dos eran concejales en ejercicio. El señor Pérez fue concejal en dos periodos en Nancagua, ahora no lo

es porque en la última elección fue candidato a alcalde, su competidor directo, y como ganó el acusado no fue electo; no podía postularse como concejal dado que la ley ahora establece que alcaldes y concejales van por listas separadas. La elección fue muy peleada, la derecha siempre ha querido sacarlo de su cargo, siendo el señor Pérez crítico de su gestión, teniendo bastantes desacuerdos; éste fue uno de los que presentó la denuncia por notable abandono de deberes ante la Contraloría, el Ministerio Público y el Tricel. Al principio eran cerca de 12 cargos, pero el Ministerio Público definitivamente dejó dos. Contraloría siempre ha investigado, es rutinario, lo hace como órgano corrector de los municipios y de la administración pública en general. En relación a estos hechos también fue fiscalizado, emitiéndose un informe final que motivó que se hicieran correcciones. Había cinco funcionarios involucrados en los reparos: el director de obras señor Aguirre, la jefa de finanzas doña Francisca Díaz, la secretaria municipal doña Angelina Bustamante, doña Nelda Montecinos como habilitada de finanzas y la señora Isolina Ruz que fue requerida y sancionada por la Contraloría. De toda la investigación resultaron sancionados con un diez por ciento de la remuneración y anotación demérito para Francisca Díaz, en tanto Angelina y Nelda con un 5 por ciento; doña Isolina sólo resultó con la anotación demérito. El acusado salió absuelto de todo. Sus faltas fueron no advertir que el contrato de mantención de áreas verdes era a suma alzada y no reajutable. Cuando se le presenta a firmar decretos de

pago y cheques eran estas personas las que participaban primero, verificando que el pago sea por la factura que corresponda, revisando todo el proceso. Al final firma él. Las bases las elabora el departamento respectivo, en este caso el jefe de obras. El propio contrato dice si es reajutable o no, en este caso el propio director de obras, don Ricardo Aguirre, es quien decide que no sería reajutable. Este contrato fue informado al concejo, donde se encontraban los querellantes, y en esa oportunidad no hicieron reparo alguno. El contrato lo hizo el señor Aguirre, no lo hace un abogado. Esta persona además interviene en la etapa de cumplimiento del contrato como ITO, calificando con nota de 1 a 7. Eso no tiene que ver con los montos a pagar, que ya están establecidos en el contrato. Aguirre también participa en la firma de los cheques, porque es firma habilitada. Él tiene conocimiento del presupuesto municipal, y que ese gasto esté acotado al presupuesto. Los decretos y facturas no pasan por las manos de Aguirre, solo emite el informe como ITO, y el asunto pasa a finanzas, y fue allí donde estuvo este error según lo resolvió la contraloría. En la firma de los decretos de pago no interviene, sólo es de competencia del alcalde. En los decretos va la firma del secretario municipal, la jefa de finanzas y el alcalde, aunque en su oportunidad solo estos dos últimos. El señor Aguirre algunas veces ejerció como secretario municipal, pero en este caso no. El ITO hace un informe de verificación de los trabajos que por contrato debe realizar el contratista, se lo remite luego a finanzas para que se emita el decreto

y después el cheque para el pago. La factura llega primero a la oficina de partes y de allí al departamento de finanzas, quien pide el informe del ITO para proceder al pago correspondiente. El decreto solo lo puede emitir el alcalde o quien lo subroga. Los cheques son firmados por dos personas, y hay cuatro autorizados, dos titulares y dos suplentes. De los cheques que se le exhibieron solo dos aparecen firmados por el acusado, los otros por el señor Aguirre. Eso puede haber pasado porque a veces pudo estar fuera de la comuna gestionando recursos o en actividades. Los días que no estaba los decretos los firmaba una vez recopilada toda la documentación. Puede suceder que esté firmado un cheque antes que el decreto. Tienen poco personal y pudo haberse dado. El sumario administrativo de Contraloría impuso por este asunto los castigos mencionados. El informe está fechado en agosto del 2009, y el sumario se había iniciado a comienzos de ese año. Los dineros se reintegraron efectivamente el 2011, debidamente reajutados hasta el día del pago. Las gestiones con el señor Román para que se devolviera el dinero se iniciaron por el departamento de obras y finanzas, no recuerda la fecha, hasta que se hizo un acuerdo, haciéndose el pago en el 2011; no lo hizo antes debido a que el contratista dijo que no tenía los recursos, haciéndolo cuando tuvo los recursos. Román no le discutió al acusado que el contrato fuera o no reajutable.

Se le exhiben decretos de pago del año 2007 (los mismos exhibidos antes) y aclaró: en el decreto de pago

N° 249 de fecha 05 de febrero de 2007, relativo a la factura 351 por la suma de \$2.980.116, no aparece referencia al reajuste o su porcentaje. Lo mismo en el decreto de pago N° 448 de fecha 05 de marzo de 2007 y en el decreto de pago N° 595 de fecha 04 de abril de 2007, por factura 353. Solo aparece la cantidad que se debe pagar. Al momento de presentarle el decreto correspondiente no se le adjunta el contrato, solo se le adjunta la factura y el informe del ITO sobre que se cumplió el trabajo.

Respecto del hecho 1, su relación sentimental terminó a inicios de mayo del 2006. Fue ella quien no volvió más a su oficina de contabilidad, y fue prudente en ello. El no tenía intenciones de seguir con ella en la oficina. La sociedad siguió con movimientos hasta enero de 2007, y allí hizo el término de giro en el Servicio de Impuestos Internos. Desde ahí en adelante su sociedad no tenía documentación; solo habían tenido boletas de prestación de servicios, nunca tuvieron facturas. El contrato de sociedad era por 5 años, y tenía una cláusula de renovación, si las partes así lo estimaban continuaría la sociedad; el plazo vencía en octubre de 2006. Ella no manifestó por escrito su intención de terminar la sociedad. Lo hizo él, quien asumió que con el término de giro terminaba la sociedad; pero posteriormente hizo el término en el registro de comercio el año 2011. Él no hizo gestiones con funcionarios para la contratación de doña Cecilia, él no tuvo ninguna vinculación con la elección de ella para que asumiera ese cargo. Ese es un cargo como funcionario público,

tipificado como paradocente administrativo. Las inhabilidades para ocupar un cargo público están en la ley orgánica y en el estatuto administrativo, que no sea condenado a pena afflictiva, que no tenga contratos o litigios con el municipio, o parentesco con la autoridad. Nunca mientras fue su pareja la contrató, porque aun cuando era solo su pareja cree que no correspondía. No sabe en qué artículo están la negociación incompatible o el fraude al fisco, no conoce el código penal. En la municipalidad no hay departamento jurídico establecido, no hay abogado de planta, cuando necesitan redactar un contrato lo hacen funcionarios de planta como el señor Aguirre. Tenían un abogado pero se dedicaba a los pleitos; era un asesor legal que iba una o dos veces a la semana, depende de la necesidad, y acordaron mensualmente una remuneración, siendo su objeto llevar los juicios de la municipalidad. No veía los contratos ni se le hacían consultas de otro tipo. Los funcionarios de la municipalidad son de planta, y estaban allí, por ley tiene los tres cargos de confianza ya señalados. No tenía conocimiento que estuviera cometiendo algún delito por nombrar a esta señora, ya que al momento de ser contratada —en agosto de 2006— no tenía prohibición alguna y cumplía los requisitos. La situación de esta señora y el tema de las áreas verdes estuvieron dentro del informe de Contraloría. En ese informe Contraloría estimó que podía producirse una incompatibilidad entre ella y el alcalde por esta sociedad, pero se estimó que no la había, porque cumplía los requisitos, y se mantiene en funciones hasta

ahora. Los concejales no insistieron en que se la despidiera ni le han presentados mociones en el Concejo sobre ello. El desempeño de ella ha sido bueno, y siguió recibiendo el mismo sueldo, teniendo la misma carga de trabajo y los horarios que el señor Alcaíno Bueno que estaba antes que ella en el cargo.

Ante una consulta aclaratoria del Tribunal, dijo que la sociedad tuvo su último movimiento en enero de 2006 y fue disuelta en el registro de comercio en el 2011, en tanto que al indicar que hizo el término de giro se refirió a que cesó la emisión de boletas, lo que sucedió en enero de 2007, y a los dos meses siguientes hizo el término de giro ante el Servicio de Impuestos Internos (SII), esto es, en marzo o abril de 2007, pagando entonces el remanente de impuesto.

Consultado nuevamente por el abogado querellante, precisó que la fecha de término de giro fue el 30 de abril de 2007, trámite que hizo el propio acusado ante la unidad del SII de San Fernando. En relación al contrato 299, no sabe de alguna otra devolución de dinero que haya tenido que hacerse, y este contrato es el único que se mantiene con el municipio sobre mantención de áreas verdes. El contrato se refería a todas las especificaciones que estaban en la licitación pública, incluyendo todas las plazas y otras áreas definidas. Incluía dentro de éstas un sector de Cunaco, pero ignora si hubo alguna devolución relacionada.

Finalmente, preguntado por el fiscal respecto a la labor de Cecilia Corbalán en la sociedad, señaló que hubo

una gestión respecto de un comité de vivienda en un particular, señora Corina Araya. No recuerda un caso sobre la sucesión de Emilio Latrach. Las funciones ella las realizaba en la parte contable, él sabía, no realizó ella labores por su cuenta; no se desempeñó en corretaje de propiedades, no a la municipalidad o al Serviu. En este punto se incorporó, para efectos de credibilidad, prueba nueva de carácter documental. La defensa se opuso, pero luego de su rechazo se procedió a la correspondiente exhibición e incorporación de lo siguiente:

- 1.- Carta de fecha 4 de enero de 2001, con un timbre con la misma fecha y la expresión “Obras”, dirigida al alcalde, donde se indica “...cuento con poder para vender la propiedad de la sucesión Emilio Latrach...”, firmada por Cecilia Corbalán, “corredor de propiedades”.
- 2.- Carta poder dirigida por Cecilia Latrach Pastene, representante de la sucesión Emilio Latrach, confiere poder a María Cecilia Corbalán, para actuar como corredor de propiedades en su presentación, de fecha 22 de diciembre de 2000.
- 3.- Carta fechada el 27 de febrero de 2001, dirigida al Director Regional del Serviu, sexta región, en relación a la compraventa del terreno de la sucesión Latrach, sobre reestudio de oferta y disponibilidad completa o parcial del terreno, firmado por Cecilia Corbalán.
- 4.- Carta de 14 de marzo de 2001, al Director Regional del Serviu, sexta región, ajuntando antecedentes de la propiedad de la indicada sucesión, para trámites de posterior compraventa, firmado por Cecilia Corbalán, corredora de propiedades;
- 5.- Documento encabezado por la expresión “Banco

Santander” y un timbre donde se lee abogado Julio César Gálvez Mella, que se titula “Autorización Cobro y/o retiro de documentos”, de fecha 25 de junio de 2007, donde se indica que Luis Escanilla Gaete y/o María Cecilia Corbalán, en representación de la sociedad Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia Limitada, actuando conjuntamente, pueden realizar las operaciones vinculadas con ese objeto que se indican; se agrega que se acreditó la vigencia al 24 de abril de 2007; hay una firma nuevamente junto al referido timbre de abogado.

A su vez, en la oportunidad reservada durante el juicio para sus **palabras finales**, añadió que cree que esto es una persecución política, durante los 16 años que lleva en el cargo se le ha acusado injustamente y por eso se declara inocente de los cargos formulados.

QUINTO: Convenciones probatorias.

Los intervinientes no arribaron a convenciones probatorias.

SEXTO: Prueba aportada al juicio.

El Ministerio Público aportó en el juicio oral, en primer lugar, como prueba testimonial, las declaraciones de **María Cecilia Corbalán Gallardo, Santos Antonio Céspedes Osorio, Manuel Osorio Saldía, Juan Carlos Román Vergara, César Pascual Bustos, Ricardo Cristian Aguirre Camposano, Manuel Eugenio Pérez Escobar, Claudia Patricia Lorca Catalán y Gabriel Edwards Fernández.**

Además, incorporó mediante su lectura y exhibición en su caso la siguiente prueba documental: 1.- **Contrato de trabajo** de fecha 30 de agosto de 2006 celebrado entre la Ilustre Municipalidad de Nancagua representada por su Alcalde Luis Eduardo Escanilla Gaete y doña María Cecilia Corbalán Gallardo. 2.- **Decreto Alcaldicio N° 3224** de fecha 30 de agosto de 2006 del departamento de educación de la Municipalidad de Nancagua. 3.- **Extracto de inscripción** de en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de San Fernando del año 2001 de la sociedad “Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia Limitada”. 4.- **Informe Final N° 18-2009** de fecha 16 de junio de 2009 realizado por la Contraloría Regional de la República. 5.- **Historial de Candidatos**, documento expedido por el Servicio Electoral de Chile, sobre don Luis Eduardo Escanilla Gaete. 6.- **Especificaciones Técnicas** Propuesta Pública “Concesión de Mantención de Áreas Verdes de la comuna de Nancagua 2006-2009”, documento emitido por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Nancagua, fechado en Nancagua, diciembre de 2005. 7.- **Bases Administrativas Especiales** Propuesta Pública “Concesión de Mantención de Áreas Verdes de la comuna de Nancagua 2006-2009”, documento emitido por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Nancagua de fecha diciembre de 2005. 8.- **Contrato N° 299** de fecha 1 de enero de 2006 suscrito entre la Municipalidad de Nancagua representada por el Alcalde Luis Eduardo Escanilla Gaete y el contratista Juan

Carlos Román Vergara. 9.- **Talona-rio de facturas** correspondientes a las emitidas por Juan Carlos Román Vergara a la Municipalidad de Nancagua por concepto de Cuidado y Mantenición Áreas Verdes, en el cual se contienen las facturas números (a) 351 de fecha 31 de enero de 2007, por un total de \$ 2.980.116; (b) 352 de fecha 28 de febrero de 2007 por un total de \$ 3.135.082; (c) 353 de fecha 30 de marzo de 2007 por un total de \$3.057.599; (d) 354 de fecha 30 de abril de 2007 por un total de \$3.057.599; (e) 355 de fecha 31 de mayo de 2007 por un total de \$3.057.599; (f) 356 de fecha 30 de junio de 2007 por un total de \$3.057.599; (g) 357 de fecha 30 de julio de 2007 por un total de \$3.075.599; (h) 358 de fecha 30 de agosto de 2007 por un total de \$3.075.599; (i) 359 de fecha 30 de septiembre de 2007 por un total de \$3.075.599; (j) 360 de fecha 30 de octubre de 2007 por un total de \$3.075.599; (k) 361 de fecha 30 de noviembre de 2007 por un total de \$3.075.599; (l) 362 de fecha 31 de diciembre de 2007 por un total de \$3.075.599; (m) 364 de fecha 31 de enero de 2008 por un total de \$3.296.091; (n) 366 de fecha 29 de febrero de 2008 por un total de \$ 3.296.091; (o) 368 de fecha 31 de marzo de 2008 por un total de \$3.296.091; (p) 370 de fecha 30 de abril de 2008 por un total de \$3.296.091; (q) 372 de fecha 30 de mayo de 2008 por un total de \$ 3.296.091; (r) 374 de fecha 30 de junio de 2008 por un total de \$3.296.091; (s) 376 de fecha 30 de julio de 2008 por un total de \$3.296.091; (t) 379 de fecha 31 de agosto de 2008 por un

total de \$3.296.091; (u) 381 de fecha 30 de septiembre de 2008 por un total de \$3.296.091; (v) 384 de fecha 31 de octubre de 2008 por un total de \$3.296.091; (w) 385 de fecha 30 de noviembre de 2008 por un total de \$3.296.091; (x) 387 de fecha 05 de diciembre de 2008 por un total de \$3.296.091; e (y) 389 de fecha 30 de diciembre de 2008 por un total de \$3.286.572. 10.- **Decreto de pago N° 000255** de fecha 03 de febrero de 2006. 11.- **Decreto de pago N° 000433** de fecha 03 de marzo de 2006. 12.- **Decreto de pago N° 000578** de fecha 04 de abril de 2006. 13.- **Decreto de pago N° 000909** de fecha 08 de mayo de 2006. 14.- **Decreto de pago N° 001240** de fecha 07 de junio de 2006. 15.- **Decreto de pago N° 001515** de fecha 06 de julio de 2006. 16.- **Decreto de pago N° 001834** de fecha 04 de agosto de 2006. 17.- **Decreto de pago N° 002204** de fecha 07 de septiembre de 2006. 18.- **Decreto de pago N° 002459** de fecha 05 de octubre de 2006. 19.- **Decreto de pago N° 002728** de fecha 03 de noviembre de 2006. 20.- **Decreto de pago N° 002991** de fecha 05 de diciembre de 2006. 21.- **Decreto de pago N° 000249** de fecha 05 de febrero de 2007. 22.- **Decreto de pago N° 000448** de fecha 05 de marzo de 2007. 23.- **Decreto de pago N° 000595** de fecha 04 de abril de 2007. 24.- **Decreto de pago N° 000977** de fecha 04 de mayo de 2007. 25.- **Decreto de pago N° 001257** de fecha 05 de junio de 2007. 26.- **Decreto de pago N° 001578** de fecha 06 de julio de 2007. 27.- **Decreto de pago N° 001879** de fecha 02 de agosto de 2007. 28.- **Decreto de pago N°**

002297 de fecha 06 de septiembre de 2007. 29.- **Decreto de pago N° 002633** de fecha 04 de octubre de 2007. 30.- **Decreto de pago N° 002892** de fecha 02 de noviembre de 2007. 31.- **Decreto de pago N° 003240** de fecha 05 de diciembre de 2007. 32.- **Decreto de pago N° 000061** de fecha 04 de enero de 2008. 33.- **Decreto de pago N° 000280** de fecha 06 de febrero de 2008. 34.- **Decreto de pago N° 000475** de fecha 05 de marzo de 2008. 35.- **Decreto de pago N° 000640** de fecha 04 de abril de 2008. 36.- **Decreto de pago N° 000899** de fecha 06 de mayo de 2008. 37.- **Decreto de pago N° 001077** de fecha 03 de junio de 2008. 38.- **Decreto de pago N° 001349** de fecha 03 de julio de 2008. 39.- **Decreto de pago N° 001564** de fecha 05 de agosto de 2008. 40.- **Decreto de pago N° 001815** de fecha 02 de septiembre de 2008. 41.- **Decreto de pago N° 002167** de fecha 03 de octubre de 2008. 42.- **Decreto de pago N° 002441** de fecha 04 de noviembre de 2008. 43.- **Decreto de pago N° 002765** de fecha 05 de diciembre de 2008. Todos los citados decretos de pago fueron emitidos por la Municipalidad de Nancagua al contratista Juan Carlos Román Vergara en cancelación del contrato para la mantención de áreas verdes N° 299, e incluyen a su vez como anexos copia de la respectiva factura del contratista y memorándum del Director de Obras que da cuenta de la evaluación del servicio prestado para el periodo respectivo. Se incorporaron también **fotocopias de 21 cheques** emitidos respecto de la cuenta corriente de Banco Estado de la Municipalidad

de Nancagua, cancelados al contratista Juan Carlos Román Vergara con motivo del contrato de mantención de áreas verdes N° 299, cheques correspondientes al pago mensual desde el mes de enero de 2007 a diciembre de 2008, en forma correlativa, faltando solo los cheques correspondientes a los pagos de los meses de abril de 2007, y febrero y octubre de 2008. Se aportó además un **cuadro resumen**, anexado al informe de contraloría N° 18.

Por último, dentro de la prueba de fiscalía, debe añadirse que para efectos de credibilidad de la declaración del acusado, conforme lo previsto en el artículo 336 inciso segundo del Código Procesal Penal, el fiscal incorporó prueba nueva consistente en los siguientes documentos: 1.- Carta de fecha 4 de enero de 2001, que aparece con firma atribuida a Cecilia Corbalán Gallardo. 2.- Carta poder dirigida por Cecilia Latrach Pastene, de fecha 22 de diciembre de 2000. 3.- Carta fechada el 27 de febrero de 2001, que aparece con firma atribuida a Cecilia Corbalán Gallardo. 4.- Carta de 14 de marzo de 2001, que aparece con firma atribuida a Cecilia Corbalán Gallardo; y, 5.- Documento titulado "Autorización Cobro y/o retiro de documentos", de fecha 25 de junio de 2007.

La **parte querellante**, a su turno, hizo suya toda la prueba aportada por el Ministerio Público, y además hizo comparecer como testigos a **Francisca Díaz González** y **María Isabel Madrid Hidalgo**.

Por su parte, la **defensa** también hizo suya parte de la prueba de la fiscalía,

y presentó como prueba adicional la **declaración del propio acusado**, a la que agregó la testimonial brindada por **Angelina Beatriz Bustamante Montecinos, Pietro Enrico Bernasconi Romero y Cristian Patrio Frías González**.

También aportó prueba documental que consistió en la siguiente:

- 1.- **Declaración de patrimonio** presentada por Luis Eduardo Escanilla Gaete, realizada el 20 de Julio del 2006.
- 2.- **Escritura de constitución de la Sociedad** Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia Limitada.
- 3.- **Inscripción de la Sociedad** Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia Limitada en el Registro de Comercio de San Fernando, donde consta anotación al margen con la manifestación de voluntad de no renovación por parte del señor Escanilla, terminando el 5 de octubre de 2011.
- 4.- **Escritura de aviso de término de sociedad** Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia Limitada, de fecha 28 de marzo de 2011.
- 5.- **Declaración mensual y pago simultáneo de impuestos**, formulario Nro. 29, de la Sociedad Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia Limitada, periodo marzo de 2006 a abril del 2011.
- 6.- **Decreto alcaldicio Nro. 2905** del 07 de agosto del 2006, que pone término al contrato de trabajo de Francisco Alcaíno Bueno, como paradoscente administrativo del Liceo Juan Pablo II de la comuna de Nancagua.
- 7.- **Ordinario 2635 del 28 de Agosto del 2008**, enviado por la Contraloría Regional a la Municipalidad de Nancagua, en que remite copia de la póliza 308750 por la fianza emitida por ISE a María Cecilia Cor-

- balán.
- 8.- **Contrato Nro. 62** suscrito entre Starco S.A y la Municipalidad de Nancagua el 01 de febrero del 2011.
- 9.- **Contrato de 28 de Junio de 1994**, por el cuidado y manutención del estadio municipal de Nancagua.
- 10.- **Contrato del 01 de Julio de 1994** para el cuidado y manutención del gimnasio municipal, medialuna y pista de baile.
- 11.- **Contrato N° 25 del 01 de Marzo del 2009** entre Starco S.A y la Municipalidad de Nancagua por extracción de residuos domiciliarios.
- 12.- **Contrato Nro. 5** por la mantención de áreas verdes entre Juan Carlos Román Vergara y la Municipalidad de Nancagua, suscrito el 04 de Febrero de 2009 para el periodo 2009-2012.
- 13.- **Sentencia de primera instancia pronunciada por el Tribunal calificador de elecciones de la Sexta Región** en los autos ROL 2440 de fecha 25 de marzo de 2011, seguida contra Luis Eduardo Escanilla Gaete.
- 14.- **Sentencia de segunda instancia del 24 de mayo del 2010**, en los autos ROL 6-30 2010 por el Tribunal Calificador de Elecciones.
- 15.- **Orden de ingreso folio 002060** por devolución de diferencia pagada erróneamente al contratista Juan Carlos Román Vergara, por contrato de mantención de áreas verdes, de fecha 06 de Junio del 2011, efectuado a la Municipalidad de Nancagua, por la suma de \$4.878.716.
- 16.- **Ordinario Nro. 355** del 14 de Junio del 2011, dirigida por el municipio de Nancagua, a la Contraloría Regional de la Sexta Región, comunicando la devolución efectuada por el señor Juan Carlos Román Vergara.
- 17.- **Resolución del 13 de Septiembre de 2011 de la Contraloría Regional de la**

Sexta Región, por la cual se aplican diversas sanciones a Ricardo Aguirre Campusano, a Francisca Díaz González, Angelina Bustamante Montecinos, Nelda Montecinos Molina e Isolina Ruz Sánchez, por el hecho Nro. 2 de la acusación.

El detalle de cada una de las declaraciones así como de la exhibición y lectura de los aludidos documentos consta íntegramente en el registro de audio de la audiencia, no estimándose por lo mismo necesaria su transcripción íntegra en la presente sentencia, sin perjuicio de su cita en la medida de su pertinencia para el análisis que se hará.

OCTAVO: Decisión del tribunal.

Como ya se refirió en la audiencia de juicio y en los considerandos precedentes, el Ministerio Público y el acusador particular formularon acusación en contra del encartado, por la comisión –en la forma y con las particularidades indicadas– de dos hechos ilícitos, a saber, los delitos consumados de negociación incompatible y de fraude al fisco, previstos y sancionados en los artículos 240 y 239 del Código Penal, respectivamente, en el cual al acusado le habría correspondido participación culpable en calidad de autor ejecutor, según lo dispone el artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo legal; cargos sobre los que este tribunal procedió ya a emitir un veredicto unánime de condena en el primer caso y de absolución en el segundo.

Procede ahora reproducir y explicar el razonamiento y análisis lógico de la prueba aportada que realizó el tribunal para arribar a estas decisiones.

NOVENO: Respecto del hecho N° 1, delito de negociación incompatible.

1.- Se formuló acusación contra Escanilla Gaete, en primer lugar, como autor del delito establecido en el artículo 240 del Código Penal, en cuanto habría incurrido en una negociación con su cargo de alcalde de la Municipalidad de Nancagua, al contratar con fecha 30 de agosto del año 2006 a María Cecilia Corbalán Gallardo, persona con la que mantenía vigente una sociedad comercial de responsabilidad limitada, para trabajar en un colegio municipal de la comuna.

2.- De lo debatido por los intervinientes y lo declarado por el propio acusado en la audiencia de juicio, pudo colegirse primeramente que no existió controversia en cuanto a que en octubre de 2001 Escanilla Gaete constituyó legalmente la sociedad denominada “Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia Limitada”, de la que eran socios él y su pareja en ese entonces, María Cecilia Corbalán Gallardo, en un 50% cada uno. Asimismo, que con fecha 30 de agosto del año 2006 y encontrándose vigente dicha sociedad, Escanilla Gaete, quien a esa fecha detentaba el cargo de Alcalde de la Municipalidad de Nancagua, en ejercicio de sus funciones, firmó un contrato de trabajo representando a la Municipalidad de Nancagua en el cual se contrataba a María Cecilia Corbalán Gallardo en el cargo de paradocente administrativa del Liceo Juan Pablo II de la misma comuna, con una remuneración de \$242.092, emitiendo y firmando con la misma

fecha el decreto alcaldicio N° 3.224 que aprobó dicho contrato.

3.- La misma información, como se dijo, se desprendió de los dichos del alcalde al prestar declaración voluntaria antes de la rendición de la prueba de cargo, quien además reconoció explícitamente la prueba documental 1, 2 y 3 de la fiscalía, indicando que el 1 corresponde al contrato de trabajo entre él con Cecilia Corbalán, fechado el 30 de agosto de 2006 en labores de paraprofesor administrativo en el Liceo Juan Pablo II; el 2 es el decreto alcaldicio N° 3224 de la Municipalidad de Nancagua de la misma fecha, que aparece suscrito por él como alcalde y el secretario municipal subrogante señor Ricardo Aguirre; y el 3 es un extracto de la inscripción en el registro de comercio de San Fernando de la sociedad María Cecilia Limitada. Tales documentos asimismo se incorporaron como evidencia mediante su lectura, siendo de destacar en este último que la inscripción es de fecha octubre doce año dos mil uno, y que el documento corresponde a una copia autorizada de la referida inscripción social, conteniendo un certificado del señor conservador de comercio fechado el 20 de diciembre de 2010, que indica que esta copia corresponde a la antedicha inscripción, y que se encuentra vigente por no tener anotaciones marginales que indiquen su disolución o terminación a esa fecha.

4.- Así también se ratificó con la declaración de diversos testigos que prestaron declaración en estrados. Fundamental fue el relato entre-

gado por la directa persona aludida, **María Cecilia Corbalán Gallardo**, quien refirió en síntesis que con el acusado fueron pareja por 7 años, desde septiembre de 1999, habiendo también convivido. Al comienzo no tenían vínculo laboral, pero en el año 2000 aproximadamente empezó a trabajar con él en su oficina de contabilidad. Al principio no sabía nada de contabilidad pero él le enseñó, y su integración fue una forma de aliviar los gastos porque la oficina no era rentable. Luego él empezó a trabajar como alcalde, y ella se quedó a cargo, pero él revisaba el trabajo y estaba pendiente. Como en octubre de 2000 él llegó comentándole que tenía la oportunidad de vender un terreno de la sucesión Latrach, y por eso modificaron las boletas que tenía esta testigo como persona natural para hacer corretaje. Le dijo después que por qué no hacían una sociedad inmobiliaria, él necesitaba tener una sociedad porque él no podía boletear directamente ya que era alcalde. Fue así como hicieron la sociedad Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia Limitada, con el nombre en honor a ella, ya que él estaba muy enamorado. Hicieron todo como correspondía, la escritura, luego se publicó e inscribió, se iniciaron actividades y sacaron boletas. La inmobiliaria tuvo movimientos permanentes hasta el año 2007, porque se ocupaba también en la oficina de contabilidad. En las negociaciones de venta de terrenos solo participaba él, aunque ella firmaba, pero él era el representante legal. Actualmente ella trabaja en el liceo Juan Pablo II de Nancagua, desde el 23 de mayo de 2006, cuando asumió un reemplazo,

y el 30 de agosto de ese año asumió en forma indefinida. Su contrato lo firmó Eduardo Escanilla. No hubiera llegado a ese cargo si no hubiera sido su pareja. Ella dependía de él y no quiso dejarla sin nada luego de su separación, la llamó Osvaldo Toledo quien la citó a la municipalidad y le dijo que a pedido del alcalde le ofrecía el trabajo de reemplazar a una persona que trabajaba en el liceo. Al señor Toledo lo conocía a través de Escanilla, y Toledo le dijo que como se había terminado la relación él le daba la oportunidad de trabajar allá. La relación se acabó el 13 de mayo de 2006, aunque igual se siguieron viendo. Este llamado a efectuar el reemplazo fue como dos días después, el 15 de mayo. Antes, cuando empezaron a tener problemas en su relación, él le empezó a preguntar por qué no se iba a trabajar el colegio; esto le llamó a ella la atención, porque él antes le había dicho que no podía contratarla, cuando ella le consultó, debido a que la oficina no era rentable. Ella le preguntó cómo se iba a ir a trabajar al liceo si él le había dicho antes que no podía, pero él le dijo entonces que había consultado y sí se podía, esto lo había preguntado a Toledo. Su contrato lo firmó en el Departamento de Educación, ella sabía que él estaba detrás del contrato, porque él le había dicho que mientras fuera alcalde ella no iba a quedar desamparada. La sociedad que habían formado se encontraba vigente al momento de ser contratada. Cuando definitivamente su relación no tuvo arreglo le pidió devuelta sus boletas, pero él se las pidió para seguir trabajando el resto del año, y le dijo que a partir del

año siguiente el tendría arreglada su situación, con otra socia, y además le prometió recibir la mitad de la devolución de impuesto. Varias veces le pidió las boletas pero él no lo hizo, y como no quería andar detrás de él después no insistió. Antes de ser contratada para trabajar en el colegio ella hizo una ayudantía en párvulos y una práctica. Para este contrato no hubo ningún tipo de concurso, llegó solo por la relación de pareja que tuvieron. Como pareja convivieron por 7 años. A través de ese tiempo conoció a mucha gente de su círculo, entre ellos el señor Román, que fue muchas veces a su casa: Escanilla y él son amigos que se ayudan mutuamente, incluso fueron un par de veces a la casa de Román y conoce a su señora y a su hijo Bladimir Román, que sabe es abogado y trabajó en la municipalidad en asesoría jurídica, gracias a la amistad que tenían Escanilla con su padre. Es falso que Román no esté dentro de sus amigos. Mientras eran pareja dependía cien por ciento de lo que Escanilla le daba. Cuando terminó la relación fue como una semana más a la oficina, porque tenía clientes y confianza con ellos y tenía que retirar sus cosas, y cerca de un mes ayudó a su reemplazante. Antes arrendaban y luego como forma de ahorrar el arriendo y otros gastos para la construcción de una casa, se fueron a vivir juntos a casa de la testigo; la nueva propiedad se adquirió a través de la sociedad. Se le consultó si aparecía ella como corredora de propiedades, señalando que no aparecía como sociedad pero sí como persona natural, él le dijo una vez que había una propiedad para vender de la sucesión Latrach,

preparando él unas cartas a nombre de la testigo, y también hubo gestiones de la inmobiliaria por una venta de terreno en San Gregorio que no se boleteó, figurando ella en las cartas, que ella firmaba pero él elaboraba. Al respecto se le exhibieron documentos aportados como prueba nueva por la fiscalía, los mismos que se incorporaron durante la declaración del acusado, donde esta testigo reconoció una carta que redactó él en la misma oficina y ella firmó, ya que él le dijo que no podía aparecer en nada, no podía figurar como contador o corredor de propiedades; la carta poder igual, se la dio Cecilia Latrach en representación de la sucesión para realizar todos los trámites de venta; otra carta que la redactó él para presentar al Serviu; y una autorización para retiro de documentos, en la cual los dos tenían igual facultad pero en esa carta ella le dio poder a él. En el Banco Santander había una cuenta exclusiva para los dineros que llegaran de la venta de terrenos, y se ocupó para el caso san Gregorio, utilizaron una cuenta personal de ella. La sociedad que constituyeron se encuentra vigente porque nunca ha firmado ella algo para terminarla. No hay término de giro porque ella entro a la página del servicio de impuestos internos y así aparece, aunque mes a mes aparece sin movimiento, lo que debe haber hecho él. A raíz de este problema él le mandó a decir con doña Tatiana Ramírez quien era administradora municipal que renunciara, fue a hablar con ella y le dijo que firmara su renuncia, pero le dijo que no porque no tenía nada que ver con el problema, ella no le había pedido el trabajo, él se lo había ofre-

cido; esta señora le dijo que le conseguiría trabajo en otra comuna. Pero si renunciaba pensó que no tendría posibilidad, ya que había conseguido el trabajo por ser pareja de Escanilla, y ahora no lo era.

5.- Cecilia Corbalán tuvo una extensa declaración, de la cual se extractaron los principales pasajes, demostrando un profundo conocimiento como pareja y compañera de trabajo por mucho tiempo que era del acusado. Dio detalles de sus relaciones de trabajo, de la forma cómo se formó y operó la oficina de contabilidad y la sociedad que formaron con Escanilla, y de las circunstancias en que llegó a trabajar al Liceo Juan Pablo II de Nancagua. Como se desprende al consultar la declaración del acusado en estos puntos, guardaron coincidencia en muchos aspectos, como en cuanto a la época en que se termina su relación sentimental con Escanilla, su arribo a través de la gestión del Daem comunal señor Toledo a ese trabajo, primero haciendo un reemplazo y luego contratada a partir de agosto de 2009, etc. Pero evidentemente los aspectos en que claramente tuvieron una versión distinta fueron en lo relativo al conocimiento que tendría Escanilla sobre su imposibilidad de ser contratada, en cuanto a cómo se gesta su llegada a trabajar al referido establecimiento educacional, y en cuanto a que la sociedad efectivamente operaba a la época en que empezó a trabajar allí, aspectos en que ella resultó mucho más creíble.

6.- En efecto, relevante fue la forma cómo ella abordó o ejemplificó

sus afirmaciones, como le llamó la atención que él le ofreciera trabajar en un liceo, porque antes le había dicho no podía contratarla, y cuando ella le recordó esto él le indicó que había consultado y sí se podía; de este relato se deduce que el alcalde se representaba que ella no podía ser contratada y que hizo averiguaciones al respecto, señalándole el Daem –señor Toledo– supuestamente que se podía. O bien cuando refirió que sabía que él estaba detrás del contrato, porque él le había dicho que mientras fuera alcalde ella no iba a quedar desamparada, aclarando que para este contrato no hubo ningún tipo de concurso, llegó solo por la relación de pareja que tuvieron: eso dio cuenta de su sincero convencimiento de que ello era así, y fue creíble en ello, porque los supuestos fácticos aludidos fueron establecidos –como su contratación sin concurso– y porque pareció conforme a la lógica que después de ese tipo de relación Escanilla quisiera favorecerla, independiente que además le interesara no tenerla como enemiga. Además, ella indicó a Osvaldo Toledo, el jefe Daem, como la persona que la citó a la municipalidad y le dijo que a pedido del alcalde le ofrecía el trabajo de reemplazar a una persona que trabajaba en el liceo. Esto de que Escanilla se lo haya pedido fue por cierto negado por el acusado, pero resultó muy verosímil a la luz de la prueba rendida, incluyendo al testigo de la defensa **Cristian Patri- cío Frías González**, quien afirmó ser director del Liceo Juan Pablo II de Nancagua, y como tal jefe de Cecilia Corbalán desde el 2009 hasta ahora, señalando que cuando él llegó al

establecimiento en esa misma época había allí una serie de irregularidades administrativas, por lo que se inició un sumario contra un funcionario, que pidió repetidas licencias a partir de entonces, generándose la necesidad de un reemplazo, y que el jefe Daem aludido lo llamó para decirle que tenía la persona y que tendría que recibirla sin cuestionamientos, porque él decidía, siendo esta persona Cecilia Corbalán. A través de este testigo se ratificó en parte lo dicho por Escanilla en cuanto fue el señor Toledo quien apareció gestionando la contratación de Corbalán, pero a ello debió sumarse que el propio escanilla, así como otros testigos hablaron de la amistad que mantenían ambos –Escanilla y Toledo–, y si bien el acusado no la distinguió especialmente, quedó patente que eran muy amigos, ya que terminó reconociendo al contrainterrogatorio del querellante que ante la separación de Cecilia Corbalán, se fue a vivir de allegado por más de un mes a casa precisamente de Toledo, quien fue un gran apoyo en esa época para él. Si la separación y la retirada de Escanilla del hogar común con Corbalán se produjo el 13 de mayo de 2006, y la llegada a trabajar de Corbalán al establecimiento se produce pocos días después, en reemplazo primero hasta ser definitivamente contratada en agosto, parece imposible y muy poco verosímil lo que nos dijo el acusado respecto a que el jefe Daem, la misma persona que lo recibió en su casa siendo un gran apoyo para él, fue quien le pidiera a él contratar de mutuo propio a Corbalán, sin que Escanilla siquiera se enterara hasta que le llegó a su escritorio el

decreto, según dijo. Por el contrario, fue más confiable en este y otros puntos Corbalán, en cuanto Toledo le señaló que se le ofrecía el trabajo porque el alcalde se lo había pedido. Con mayor razón si no se demostró una amistad o vinculación cercana entre el propio Toledo y la testigo, que pudiera explicar el proceder de éste.

7.- Por otro lado, Escanilla, al contrario de Corbalán, fue dubitativo y cambiante al responder las preguntas relacionadas con el funcionamiento de la sociedad formada con ella, señalando primero que había terminado en esa misma época, que sólo continuó en el papel hasta enero de 2007 cuando hizo el término de giro, aludiendo a que fue disuelta o concluida, pero después fue precisando que el 2007 la sociedad operó tributariamente y que al indicar que hizo el término de giro se refirió a que cesó la emisión de boletas, lo que sucedió en enero de 2007, y después hizo el término de giro ante el Servicio de Impuestos Internos, el 30 de abril de 2007. Por lo demás, la misma defensa aportó prueba documental sobre los movimientos de la sociedad, emanada del sitio web del Servicio de Registro Civil y correspondientes a **Formularios 29 sobre declaración mensual y pago simultáneo de impuestos**, donde se indica que los meses de septiembre a diciembre de 2006 y también enero de 2007 –entre otros- debió efectivamente pagar tributos por operaciones realizadas. Estas fechas por cierto posteriores a la contratación de la señora Corbalán. Claro está, en todo caso, que la sociedad se encontraba

legalmente vigente a la época de la llegada de Cecilia Corbalán a trabajar al liceo, y también cuando fue contratada formalmente, en agosto de 2009, incluso hasta el 5 de octubre de 2011, según la escritura también aportada por la defensa, fecha en que se manifestó por el acusado legalmente su intención de no renovarla y que se disolviera.

8.- La parte querellante hizo declarar a la testigo **María Isabel Madrid Hidalgo**, quien indicó que fue funcionaria por 14 años de la municipalidad de Nancagua, hasta el 2010, siendo Escanilla quien la llevó a trabajar. Le correspondía elaborar las fichas de protección social, en el departamento social, explicando su labor, en que le correspondía gestionar subsidios habitacionales. Recuerda que la sociedad María Cecilia limitada hacía estas gestiones, sus socios eran el señor Escanilla y la señora María Cecilia, a quien conocía y a la que le señaló que todos sabían que eso era algo ilegal y esta le dijo que lo sabía y Escanilla también, pero que él la protegía. Cuando toma conocimiento de las funciones de esta Inmobiliaria María Cecilia trabajaba en el Liceo Juan Pablo II, siendo entonces Escanilla su jefe además de socio. La testigo agregó que su relación con Escanilla era de confianza, atendido el tiempo que trabajaron y que además ella tenía una relación con un sobrino del alcalde.

9.- Esta testigo fue apreciada creíble en sus dichos, atendida la forma en que entregó su versión y que no fue desmentida por prueba alguna, siendo conteste con la testigo Cor-

balán en el aspecto trascendente de que Escanilla sabía que la contratación era ilegal, pese a lo cual no se abstuvo de contratarla, manteniendo incluso operaciones de la sociedad en que ambos eran socios, contrariamente a lo afirmado por Escanilla, de modo que a partir de sus dichos se restó nuevamente credibilidad a éste en el punto.

10.- Pero fue el propio Escanilla quien incorporó información relevante sobre esto, ya que consultado si se le reparó o cuestionó en algún momento posterior la contratación de su ex pareja, señaló que en el informe de Contraloría 18-2009 se indicó que podía producirse una incompatibilidad entre ella y el alcalde por esta sociedad, pero él estimó que no la había. A Escanilla durante su declaración le fue exhibido el informe de contraloría N° 18-2009, de fecha 16 de junio de 2009, sobre la visita de fiscalización efectuada a la municipalidad de Nancagua con motivo de las denuncias de concejales del municipio, documento que éste reconoció como el que se emitió por el órgano contralor pronunciándose respecto de diversos cuestionamientos a la administración municipal, añadiendo que este informe contiene el reparo acerca de la contratación de Cecilia Corbalán, ante el cual dijo no se advirtió ninguna situación irregular, porque creían que ella no tenía ninguna inhabilidad y cumplía los requisitos, y en razón de ello no se tomó alguna represalia o despido, justificándose además en que ella había hecho una buena labor, y que los concejales no insistieron en que se la despidiera ni le han presentados

mociones en el Concejo sobre ello. Curiosamente este informe, aportado como evidencia, no contiene tal reparo, y así lo ratificó ante una expresa consulta del fiscal el fiscalizador Santos Céspedes. Tal vez el alcalde se refería, en este punto, a conversaciones o información señalada por los fiscalizadores en terreno durante dicha visita, especulación que nace de la certidumbre de sus propios dichos sobre el punto, en cuanto para él resulta claro que fue un tema que estuvo presente y se le reparó en su oportunidad. Por eso es que se puede considerar su conocimiento y el hecho de haberse representado esta incompatibilidad para establecer la faz subjetiva del delito que se le imputó. En efecto, su experiencia como alcalde por muchos años, la responsabilidad de estas funciones y las diversas capacitaciones que él mismo admitió haber recibido, además del sentido común, debieron llevarlo a abstenerse de ese tipo de vinculación contractual, ya sea no contratando a una persona con la que era socio en una sociedad que tenía negocios en esa época, o ya sea terminándola totalmente antes de hacerlo. Claro está que, al no hacerlo así, primaron sus intereses personales, en este caso de no desamparar económicamente a quien había sido su pareja, la que quedaría sin los ingresos de la oficina de contabilidad, y con quien además tenía esta sociedad cuyas boletas y nombre aún usaba el acusado para negocios particulares, en los cuales, atendida su autoridad, no podía participar.

11.- Finalmente, dos aspectos adicionales impidieron exonerarlo de

toda responsabilidad en este hecho: el primero, fue la posibilidad de haber tenido la asesoría jurídica adecuada, ya que se estableció a través de los diversos relatos e incluso de los propios dichos de Escanilla, que desde antigua data la municipalidad ha tenido un abogado asesor, y no obstante que pueda haber tenido funciones dirigidas a atender preferentemente los litigios, cierto está que se encuentra a disposición del alcalde, especialmente cuando es un tema que le había sido representado anteriormente, y que durante un periodo importante el asesor fue Bladimir Román, hijo de su amigo Juan Carlos Román, con quien tenía plena confianza puesto que él lo llevó a trabajar al municipio, y el que incluso lo trataba afectuosamente como tío, por conocerlo desde pequeño. El otro aspecto relevante aquí fue que Escanilla resultó desmentido al negar total conocimiento o participación en las operaciones aludidas con las cartas que se incorporaron como prueba nueva durante su testimonio, los cuales si bien no se acreditó que fueran emanados del acusado, sí se demostró que éste tenía conocimiento certero de su contenido, porque así lo indicó Cecilia Corbalán, según ya se dijo. Evidentemente esto llevó a desestimar sus alegaciones al respecto, como un intento de eludir o morigerar su responsabilidad.

12.- Sin perjuicio de otros elementos que vengan al caso, la información asentada resultó suficiente y no desvirtuada por prueba en contrario, como para establecer la efectiva ocurrencia del primer hecho planteado en la acusación del Ministe-

rio Público y la adhesión de la parte querellante. En efecto, conforme al análisis global de la prueba aportada, valorada con el estándar legal, pudo establecerse lo siguiente: “*Que el acusado Luis Eduardo Escanilla Gaete, constituyó en Octubre de 2001 la sociedad de responsabilidad limitada de razón social “Inmobiliaria e Inversiones María Cecilia Limitada”, la que fue inscrita a fojas 115 N° 140 del Registro de Comercio del año 2001 del Conservador de Bienes Raíces de San Fernando. Dicha sociedad está compuesta por dos socios, Escanilla Gaete y María Cecilia Corbalán Gallardo, ex pareja de Escanilla con quien mantuvo una relación sentimental por aproximadamente siete años. Con fecha 30 de agosto del año 2006 el acusado, quien a esa fecha detentaba el cargo de Alcalde de la Municipalidad de Nancagua, en ejercicio de sus funciones, procedió a celebrar un contrato de trabajo representando a la Municipalidad, en el cual contrataba a su ex pareja y socia en la indicada sociedad, María Cecilia Corbalán Gallardo, en el cargo de paradocente administrativa en el Liceo Juan Pablo II de la comuna de Nancagua, estableciéndose en ese entonces una remuneración de \$242.092 (doscientos cuarenta y dos mil noventa y dos) pesos mensuales, aprobando mediante el decreto alcaldicio N° 3224 de la misma fecha el señalado contrato de trabajo, el que se mantiene vigente hasta esta fecha. De esta manera el Alcalde Escanilla Gaete ha procedido mediante el acto descrito a dar interés a un tercero –doña María Cecilia Corbalán Gallardo– asociado con él*”. No fue necesario incluir en este conjunto de premisas fácticas las adiciones señaladas por el acusador particular (relativas a que el acusado,

intervino en el citado contrato en razón de su cargo, sin un concurso público ni otro tipo de llamado a fin de completar el puesto de trabajo, sino por contratación directa de su persona, respecto de María Cecilia Corbalán Gallardo su pareja) todo lo que se estimó en parte redundante y en parte innecesario para la configuración del tipo penal materia de la imputación.

13.- Tal descripción fáctica satisface, como se adelantó al final de la audiencia de juicio en el veredicto, todos los elementos típicos del artículo 240 del Código Penal, relacionando su inciso primero con su inciso cuarto, que sanciona el delito de **negociación incompatible**, en cuanto permite verificar que el acusado, en su calidad de alcalde de la referida municipalidad y por ende siendo empleado público, intervino por razón de su cargo en la celebración de los aludidos contrato de trabajo y decreto alcaldicio, dando interés o utilidad lucrativa a quien a esa época se encontraba vinculada con él por su participación en la referida entidad comercial, lo que se tradujo en este caso en que su socia y ex pareja María Cecilia Corbalán Gallardo comenzó a ejercer en virtud de dichos actos una función remunerada en un establecimiento educacional de la comuna, dependiente del municipio y del cual el alcalde era legalmente su sostenedor.

14.- El tribunal no compartió la calificación jurídica propuesta por la defensa, que invocó como mejor aplicable al caso la norma del artículo 220 del código punitivo, relativa a los

nombramientos ilegales, por estimar que se encontraba más conforme con la conducta descrita en la acusación y establecida debidamente en el juicio, el precepto del artículo 240 indicado, por la especialidad del bien jurídico protegido. En efecto, esta última norma es la encaminada a velar por la correcta administración pública, y en este sentido, proscribe introducir en la motivación del funcionario decisor aspectos ajenos a los intereses públicos, que deben ser los únicos ingredientes de su análisis. Como señaló el fiscal, en el 240 se señalan también las personas que quedan incluidas en su regulación y los vínculos que dan lugar a ella, con mayor precisión, correspondiendo a las inhabilidades contenidas en la legislación especial para el ingreso a la administración pública, siendo normativa especial que por lo mismo debe prevalecer. En cambio, el artículo 220 apunta a verificar que la persona designada no incurra en alguna de las inhabilidades legales, conteniendo un reproche menor justificado porque no se cumplen requisitos formales. A mayor abundamiento, el tribunal tuvo presente que doña María Cecilia Corbalán asumió su cargo no en virtud de un nombramiento o designación como regula el artículo 220, sino por un contrato de trabajo, que es aprobado por el decreto del alcalde, por lo que no estamos propiamente ante un acto unilateral de nombramiento, sino ante una convención voluntaria de ambas partes, institución que mejor se recoge en el artículo 240, referida específicamente a los contratos onerosos.

15.- Se estableció además que el alcalde cometió la conducta típica descrita con **dolo directo**, esto es, con pleno conocimiento y voluntad de que contratara a quien era su socia y queriendo beneficiarla, como dijo aquélla en el juicio, para no dejarla desamparada económicamente luego de su separación sentimental. En este sentido, no pareció verosímil que el acusado incurriera en un error de prohibición, al menos invencible, como sostuvo la defensa, el que si bien puede tener especial cabida en este delito (en opinión, como ejemplo, de Politoff, Matus y Ramírez, en su obra Derecho Penal, parte especial, segunda edición actualizada, editorial Jurídica de Chile, pág. 501), debe implicar una real falta de conciencia de la ilicitud del acto, lo que aquí fue descartado, en razón del nivel educativo del acusado, su experiencia como alcalde durante muchos años, la posibilidad que tuvo de acceder a asesoría sobre el punto y el hecho de habersele representado la ilegalidad del asunto –por Contraloría según el mismo indicó y por la misma Cecilia Corbalán, según se estableció–, a lo que debe agregarse que, así como la mayoría de los testigos indicó, es de conocimiento público que existen conductas reñidas con la probidad administrativa y la legalidad en general de las que se deben abstener los funcionarios públicos, como la que se imputó en este capítulo.

15.- Finalmente, el delito acreditado alcanzó el grado de desarrollo **consumado**, en cuanto se verificaron todas las exigencias fácticas del tipo penal, agotándose tanto en su faz objetiva como subjetiva, y en tal

ilícito se estableció la participación del acusado Luis Eduardo Escanilla Gaete en calidad de **autor** ejecutor, inmediato y directo, quedando comprendido por tanto en la hipótesis del artículo 15 N° 1 del Código Penal.

DÉCIMO: Respecto del hecho N° 2, delito de fraude al fisco.

1.- Ambos acusadores imputaron a Escanilla Gaete, en segundo término, el delito de fraude al fisco del artículo 239 del Código Penal, constituido, en síntesis, porque él, en su calidad de alcalde de la Municipalidad de Nancagua, celebró un contrato con un tercero para la mantención de las áreas verdes de la comuna, por tres años a partir de enero de 2006, pactando un precio sin reajuste, no obstante lo cual emitió los decretos de pago y cheques respectivos mediante los cuales se le pagó a este contratista dicho precio fijo reajustado, mes a mes a partir de enero de 2007 hasta diciembre de 2008, acumulando un pago indebido y en exceso de \$4.461.615, en perjuicio de la municipalidad. En su concepto, el acusado, a través de esta conducta consintió en que este tercero defraudare al municipio, ya sea por haber fraguado un engaño o ardid, por simplemente conocer y aceptar el fraude que se cometía o por incurrir en un abierto incumpliendo sus deberes funcionarios, lo que se encuentra sancionado en dicha figura penal.

2.- De acuerdo al desarrollo del juicio, apreciando lo alegado por los acusadores y lo sostenido por el propio acusado y su defensa, resultó a todas luces no controvertido el siguiente conjunto de presupues-

tos fácticos necesarios para la resolución del asunto: Que el acusado Luis Eduardo Escanilla Gaete, en ejercicio de su cargo de alcalde de la Ilustre Municipalidad de Nancagua, celebró con fecha 1 de Enero de 2006 el contrato N° 299 para conservación y mantención de áreas verdes de la comuna de Nancagua, concesión que mediante este contrato se entregó a Juan Carlos Román Vergara. En dicho contrato se pactó que el precio se regiría por la modalidad de suma alzada, sin reajuste, por un monto mensual de \$2.770.000, IVA incluido. No obstante lo anterior, a partir del mes de febrero del año 2007 y hasta el mes de diciembre del año 2008, se efectuaron los pagos mensuales por el servicio contratado en forma reajustada al concesionario Román Vergara, cancelándole en exceso y en perjuicio de la municipalidad la cantidad total de \$4.461.615.

3.- Valga destacar aquí que el tribunal debió circunscribir su pronunciamiento a la cuestión específica sometida a su decisión por el Ministerio Público y la parte querellante, cuyos cargos quedaron expresamente consignados en sus respectivos libelos, reproducidos en el auto de apertura y en los considerandos precedentes, donde se indicó claramente que lo que se imputaba a Escanilla Gaete era haber consentido en realizar un pago excesivo al contratista a título de reajuste, en constante alusión al reajuste anual de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), sosteniendo que aquello era improcedente pagarlo porque no estaba estipulado en el contrato. En efecto, se puede leer

de ambas acusaciones el siguiente párrafo: *“No obstante lo establecido en el contrato, el Alcalde Escanilla a partir del mes de febrero del año 2007 y hasta el mes de Diciembre del año 2008, sabiendo que el contrato referido **no estipulaba reajuste** alguno en cuanto al monto mensual a cancelar, procedió a efectuar **pagos reajustados** al concesionario...”* (el destacado es nuestro). Es decir, de acuerdo a su tenor y a lo que ambos acusadores refrieron en el juicio, no impugnaron los montos pagados en su detalle ni discutieron que estuviera bien calculado el reajuste aludido, a lo que debe agregarse que tampoco aportaron información contable precisa sobre el punto –salvo en cierta medida un cuadro resumen de los pagos que en su oportunidad se anexó al informe N° 18-2009 de Contraloría Regional, y lo que sobre ello refirió el funcionario de esa repartición pública Céspedes Osorio, lo que luego se abordará– de modo que el tribunal se limitó a analizar su imputación en cuanto a que se pagó indebidamente, en exceso del precio pactado, un reajuste por IPC que no correspondía ser pagado por no establecerlo y permitirlo el contrato.

4.- El asunto controvertido entonces respecto de este hecho, radicó en determinar si el alcalde sabía, como se le imputó, que a través de sus actos administrativos la Municipalidad de Nancagua estaba pagando indebidamente al referido contratista, a partir del pago correspondiente al servicio prestado en enero de 2007, el aludido reajuste, y si era entonces posible establecer este elemento fundamental del dolo directo requerido por la figura penal del artículo 239

del código de castigo, o bien articularlo con los principios y normas invocados por los acusadores para sancionarlo en virtud de su incumplimiento de deberes funcionarios. En cualquiera de ambos escenarios, su conocimiento de la premisa fáctica referida era esencial (en ese sentido, sin perjuicio de que no fue algo controvertido, se tuvo presente lo expuesto en el libro “Delitos contra la función pública”, de Luis Rodríguez Collao y María Ossandón Widow, Editorial jurídica de Chile, segunda edición actualizada, pág. 419). En este punto, y como se adelantó en el veredicto comunicado al final de la audiencia de juicio oral, el conjunto de la prueba rendida hizo surgir en el tribunal una duda razonable que, sumada evidentemente a la presunción de inocencia que ampara a todo acusado, llevó a absolver a Escanilla Gaete de este cargo.

5.- El Ministerio Público a fin de sostener esta imputación, hizo comparecer a los funcionarios de la Contraloría General de la República, unidad de la región de O'Higgins, **Santos Antonio Céspedes Osorio**, actual supervisor y antes fiscalizador de esa repartición, y **Manuel Osorio Saldía**, fiscalizador, quienes en forma conteste refirieron en síntesis haber participado a fines de 2008 –noviembre y diciembre– en una fiscalización a la municipalidad de Nancagua, la que inició Osorio y siguió en terreno Céspedes. Estos funcionarios refirieron que la susodicha investigación se originó en una denuncia efectuada por concejales de la comuna, donde se pedía analizar una serie de hechos, como modificaciones presupuestarias

y diversas irregularidades relacionadas con un contrato de mantención de áreas verdes del contratista Juan Carlos Román. Para ello y de acuerdo a las normas aplicables estudiaron los antecedentes a investigar y se debieron constituir en el lugar, requiriendo allí todos los antecedentes, viendo cuáles eran los funcionarios adecuados para proporcionar la información. En relación al contrato de mantención de áreas verdes, se detectó un pago indebido no señalado en las cláusulas del contrato, suscrito en enero de 2006, por concepto de reajustes, en circunstancias que el contrato establecía un pago sin reajuste, IVA incluido. El pago en exceso correspondía al periodo enero de 2007 a diciembre de 2008 y fue por un monto aproximado de cuatro millones de pesos. Hubo un pre informe, una acción complementaria en terreno y luego vino el informe final, que pasó por instancias de revisión del nivel central ya que existía una denuncia también de un parlamentario, y en definitiva el informe salió en agosto de 2009, con el N° 18 de 2009, documento que reconocieron al serles exhibido; éste se notificó a la municipalidad en julio de 2009. Ambos supieron que esta suma pagada en exceso fue restituida en junio del año 2011. A raíz de las irregularidades se hizo un sumario por Contraloría en el 2011, donde se aplicaron sanciones, pero este sumario no alcanzaba al alcalde porque éste no tiene una autoridad superior que imponga la sanción, de modo que su responsabilidad sólo se podía hacer efectiva pro el Tribunal Electoral, donde tampoco se le aplicaron sanciones. Consultado en par-

titular Céspedes, aclaró que lo que se recibió fueron denuncias de concejales respecto de las áreas, que no había mantención o eran inexistentes, pero no tiene conocimiento de que haya sido por el tema de un pago sobre el monto establecido en el contrato, y que fue al momento de las visitas de fiscalización que se tomó conocimiento de ello. Al tomar conocimiento los directivos del municipio, les llamó la atención esta situación, señalando que el pago era por reajustes, y le preguntaron la forma cómo solucionarlo, y se les dijo que la mejor solución era enmendar el error y obtener que se restituyera el dinero. Lo que se fiscaliza son los hechos que se denuncian, y cualquier otro hecho que se conozca en su oportunidad. Céspedes asimismo explicó un cuadro resumen con las cantidades pagadas en exceso por concepto de reajuste no pactado, detallando una a una las facturas en que se pagaron estos montos, lo que totalizó según ese cuadro la suma de \$4.461.615, misma señalada en la acusación.

6.- Los indicados testigos explicaron las actuaciones realizadas en el proceso de fiscalización que sucesivamente les tocó realizar a fines de 2009 al municipio que dirigía en esa época el acusado, dando razón suficiente de sus dichos, permitiendo establecer, en lo pertinente, cómo es que con ocasión de la misma y al recibir la documentación relacionada con los antecedentes, tomaron conocimiento de que se estaban pagando cantidades mayores a las establecidas en el citado contrato 299 sobre las mantenciones de áreas verdes de la comuna por parte del contratista

señor Juan Carlos Román, así como la noticia que sobre ello dieron a los funcionarios municipales, todos los que –en concepto de estos testigos– asumían que correspondía pagar un reajuste pero no se habían percatado que a simple vista no estaba contemplado en la convención, el que era sumamente claro en cuanto a que era a suma alzada, IVA incluido y sin reajuste. Lo relevante aquí –fuera de la exposición de diversos hechos que como ya se dijo no fueron controvertidos– fue constatar a partir de sus declaraciones que el señor Alcalde, al igual que los demás funcionarios partícipes en el proceso de pago del contrato, al parecer no se habían percatado de estar efectuando un pago indebido, ya que asumían que correspondía pagar reajuste a partir del segundo año del contrato, esto es, a partir de enero de 2007; y, en segundo lugar, que es debido al proceso de fiscalización, específicamente con ocasión de las visitas, a fines de 2008 por tanto, que toman conocimiento del problema, el cual a su vez no era parte de los reclamos o denuncias que habían originado la fiscalización. Esto guarda concordancia con el tenor del informe 18-2009 de Contraloría incorporado, al cual más adelante nos referiremos.

7.- La fiscalía presentó también como testigo de cargo a **Ricardo Cristian Aguirre Camposano**, Director de Obras de la municipalidad de Nancagua por los últimos 18 años, quien dijo que le correspondió confeccionar las bases de licitación y el contrato de concesión de mantención de áreas verdes 299, que se lo adjudicó don Juan Carlos Román,

por ser la oferta más conveniente. En el contrato se estableció finalmente un precio de \$2.770.000, que correspondió a la oferta del contratista Román y que coincidía con lo que la municipalidad podía pagar. El contrato lo redactó este testigo ya que en ese tiempo no tenían asesor jurídico. Por eso le consta que fijaba un precio sin reajuste, IVA incluido, lo que estaba claro para cualquier contratista, porque en la etapa de consultas no se hizo ninguna. En relación al exceso en el pago del contrato 299, se enteró por Contraloría, que al revisarlo se percató que se había pagado reajustándolo por dos años, lo que no correspondía. Es decir, después del primer año el señor Román presentó una factura reajustada y nadie se percató que no debía pagarse el reajuste; cree que debieron percatarse en el departamento de finanzas y en el departamento de control. Él intervino en los pagos como inspector técnico, dando un reporte mensual acerca si se ejecutó o no la mantención, colocando una nota; si la mantención era deficiente implicaba imponer una multa, pero eso no ocurrió. Cuando contraloría detectó el faltante, se habló con el contratista y él repuso el dinero en Finanzas; esto se lo contó Román. Al parecer el dinero se guardó por la jefa de finanzas señora Francisca Díaz en la caja fuerte hasta el momento más oportuno para ingresarlo a arcas municipales. Preciso que a él le ha correspondido además ser alcalde subrogante y secretario municipal, y tenía firma registrada para firmar cheques, calculando que de cada 100 cheques él firma 40. Al firmar el cheque debe verificar que

estén los documentos, el decreto de pago y el informe, pero es imposible al firmar verificar los montos, porque no se tiene el contrato a la vista y se delega la revisión. Los decretos de pago los hace Finanzas y los remite junto con el cheque, procediendo a firmar el primero la Jefa de Finanzas, luego da su visto bueno la Jefa de Control, firma el tesorero municipal y después va a la firma del alcalde; al final firma el secretario municipal. A este testigo se le exhibieron documentos, entre ellos decretos de pago al azar, reconociendo su firma y la de los otros intervinientes, indicando que los montos pagados estaban bien porque aparecía el interés (Sic) correspondiente a la variación del IPC. El monto del contrato era \$2.770.000 y sobre eso se aplica el IPC. No comparó el monto a pagar con el contrato porque no lo tenía a la vista ni recordaba las cantidades. Reiteró que no le llamó la atención el reajuste ni el pago en exceso. El contrato consideraba una garantía, que era una mensualidad, y que era reajutable a partir del segundo año, no obstante que la mensualidad no lo era. Quien decidió que este contrato no iba a ser reajustado fue el testigo, solo, sin informar a alguien más de la municipalidad, a pesar que los anteriores sí lo eran, lo que resolvió de forma inédita porque así se corre el riesgo de “des presupuestarse”, ya que si se hacía con reajuste había que hacer una modificación presupuestaria o tener que conseguir fondos, los que pueden no obtenerse. Se le exhibieron también los cheques emitidos para pagar al contratista, señalando que la mayoría los firmó él y no el señor Escanilla. Respecto

de los decretos, dijo que el alcalde no tenía a la vista el contrato al firmar. Agregó que se hizo un sumario administrativo y se le impuso a este testigo una sanción, porque al cursar el pago debía tener a la vista el contrato, una anotación de demérito y un porcentaje de su sueldo; igualmente fueron sancionados todos los que estuvieron en la cadena, pero el señor alcalde no puede ser sumariado. Terminó señalando que en su experiencia en un mes debe firmar 150 cheques o decretos o más, y es imposible verificar lo que se impone a una AFP, los descuentos a trabajadores u otros detalles, lo que se delega, debiendo cada departamento preocuparse de lo que debe pagarse.

8.- La declaración de este testigo redundó en los hechos no discutidos, pero aportó información que desde luego fue más útil a la causa de la defensa, como que, después del primer año de vigencia del contrato 299, el señor Román presentó una factura reajustada y nadie en la municipalidad se percató que no debía pagarse el reajuste. A la luz de las declaraciones antes citadas de los fiscalizadores Céspedes y Osorio eso fue verosímil, tanto como el hecho, que nadie discutió, que dichos pagos fueran indebidos ante la claridad del contrato, al punto que se gestionó y obtuvo la devolución del dinero pagado en exceso por el contratista. Por cierto que Aguirre nos dice que él redactó el contrato y tomó la decisión de no incluir el reajuste, porque, según él, era más conveniente para el municipio, lo que se aprecia desde ese punto de vista razonable, pero también es él quien nos dice al mismo tiempo

que no conversó o discutió ese punto con nadie, y que durante todos los meses y años en que rigió el contrato no se percató que las sumas pagadas incluían este reajuste indebido, porque al firmar él no tenía el contrato a la vista ni recordaba las cantidades. Se puede objetar su credibilidad por los propios acusadores sobre el punto, en especial el hecho de cómo es que él, siendo jefe de obras e ITO para efectos del contrato, incluso a veces alcalde subrogante, haya incurrido en semejante negligencia prácticamente solo, debiendo haberse dado cuenta de la falta; pero en ningún caso puede vislumbrarse de su declaración, comparada con el resto de la información proporcionada por la prueba en el juicio, que haya puesto en antecedentes de esto a Escanilla, por más amigos y de una relación de trabajo muy estrecha que hayan sido. El conocimiento del alcalde, a espaldas de todos los otros funcionarios, no se vio acreditado, siendo verosímil, en este contexto, su ignorancia.

9.- En este punto fue muy relevante también el testimonio entregado por el contratista **Juan Carlos Román Vergara**, quien en lo que importa dijo que no sabía que el contrato era sin reajuste, que al hacer su postulación para ese contrato a través del portal de "Chile compra" no decía que era sin reajuste, que todos los contratos a un periodo largo habitualmente lo incluyen, y que no se podía imaginar que una persona iba a tipiar mal al hacer el contrato. Agregó que supo que Contraloría detectó este pago en exceso, lo que se le informó en julio de 2009, se hizo una reunión entonces con los jefes de departa-

mento, donde se le planteó un error en el contrato detectado por Contraloría y que había una diferencia de 4 millones y fracción que él debía devolver, y ahí él les dijo que entendía que el contrato era reajutable. Eso lo entendían todos. Pese a ello, debió devolver el dinero, ya que se dio cuenta que había sido un estúpido error de su parte, por no leer el contrato, y tomó la decisión de hacerlo por ética, independiente del resultado del sumario que se haría; su abogado incluso le dijo que debió judicializar el asunto, pero entiende que él se equivocó. La devolución la hizo en agosto de ese año, para lo cual debió pedir un crédito. Se lo entregó a la jefa de finanzas, doña Francisca Díaz, y sabe que se reintegró a los fondos municipales recién en el 2011, ignora por qué. A las facturas agregó a partir de febrero del 2007 el reajuste según IPC, para lo cual una vez al año iba a preguntar al departamento de finanzas cuál había sido el IPC del año anterior, y se lo agregaba así a cada factura, calculando el neto, luego el IVA y consignando finalmente el total. Se le exhibió parte de la documental ofrecida, lo que le ayudó a ilustrarlo al tribunal. En virtud del contrato debía entregar una boleta de garantía, equivalente al valor neto de una mensualidad, o sea, los \$2.770.000 menos el IVA, y al segundo año había que renovarla, pero en las bases se decía que esta garantía debía reajustarse, quedando siempre equivalente a una mensualidad. De allí también que entendiera que el contrato era reajutable. Terminó señalando que cuando empezó a entregar las facturas reajustadas, o cuando antes consultó el monto del

IPC para ello, sabían en Finanzas de este reajuste, y nunca allí le cuestionaron los montos de las facturas, nadie le dijo que estaba mal cobrar el reajuste. Finalmente, consultado por el Tribunal, aclaró que fue en la factura 352 de 28 de febrero de 2007, donde empezó a incluir el reajuste, cobrando en ella incluso la diferencia correspondiente al reajuste no pagado en la factura de enero de ese año, como se señala expresamente en el documento.

10.- Román Vergara acentuó aspectos ya vistos, pero reforzó lo que se viene diciendo respecto de que los funcionarios de la municipalidad por una parte cursaron los pagos de las facturas en que incluyó el reajuste de acuerdo a la variación del IPC, a partir de la factura mencionada N° 352 –lo que implica que sabían que el cobro adicional al estipulado era por reajuste de IPC– y a su turno también hizo presente que tanto aquellos como él mismo no se había dado cuenta que el contrato no estipulaba tal posibilidad, dándose cuenta que había sido un error el no contemplarlo, lo que no advirtió en su momento, siendo por ello su culpa también, lo que lo motivó a hacer la devolución del dinero, la que se vio refrendada por el resto de la prueba. Dichas explicaciones parecieron creíbles porque no hubo elementos serios y de peso en contrario, no alcanzando para cuestionarlas las dudas introducidas por los acusadores sobre su estrecha amistad con el alcalde, amistad que no se vio concretada en acto alguno del acusado como para influir en que los otros funcionarios permitieran

que se defraudara de este modo al municipio.

11.- Dentro de la prueba del fiscal se recibió la declaración del ex concejal de Nancagua don **Manuel Eugenio Pérez Escobar** y los actuales concejales **Claudia Patricia Lorca Catalán** y **Gabriel Edwards Fernández**, todos querellantes en la presente causa, quienes coincidieron en señalar que Escanilla Gaete era un alcalde muy personalista, que concentraba todas las decisiones y era meticuloso en lo que debía revisar y firmar, manteniendo un grupo de confianza con los principales jefes de departamento del municipio, todo ello en relación a que no podía ser que no supiera de estos pagos en exceso, sobre todo porque eran hechos a quien era su amigo y de quien recibía apoyo para sus campañas. Asimismo, apuntaron a una serie de irregularidades que a su juicio se habían cometido en el municipio, de lo que responsabilizaban a escanilla Gaete, relacionadas con la mala ejecución del contrato de áreas verdes, el pago por plazas o sitios inexistentes o con una superficie muy inferior a la señalada en el contrato, la entrega de un tractor y un camión aljibe al contratista sin que correspondiera, y varias otras, que señalaron haber denunciado a Contraloría, al Tricel y al Ministerio Público a través de la querella que dio origen a esta causa. Respecto concretamente de los pagos efectuados por este contrato, manifestaron haber sabido que el pago mensual era de \$2.770.000, que se pagó todo el 2006, pero ya en el 2007 empiezan a haber modificaciones de dinero por concepto de reajuste, el que no

estaba estipulado en el contrato, el que indicaba claramente que era IVA incluido y sin reajuste, pagándose en exceso alrededor de 4 millones y medio. Refirieron además quiénes eran los encargados de cada departamento dentro del municipio y los principales funcionarios, y cuál era el procedimiento de presentación de los temas al concejo y la mecánica habitual de los pagos de los diversos servicios. En particular, el testigo señor Pérez dijo que él era presidente de la unión comunal de juntas de vecinos y siempre recibía quejas por las áreas verdes, y al asumir como concejal le hace ver al alcalde que había áreas por las que se pagaba dinero de más, a lo que Escanilla le decía que lo iba a ver, pero no pasó nada. El testigo se lo hizo ver a contraloría luego y ésta en el 2009 emitió un informe, donde le decía al alcalde que debía restablecer el orden jurídico de la municipalidad y hacer varias cosas, pero nada hizo. Consultado sobre que Escanilla dijo que había un error y que sus subordinados se equivocaron en los montos que debían pagarse, estimó que ello no era así, porque el tema fue muy recurrente en cuanto a que se estaban despilfarrando recursos municipales por la mantención de áreas verdes, y además el último documento lo firmaba el alcalde, y éste era el responsable. Los debates al interior del Concejo se hacían con los documentos en la mano, incluido el contrato. En vistas que el alcalde no corrigió los problemas, pese a las órdenes de Contraloría, decidió presentar la querella, ya que efectivamente se estaba defraudando a la municipalidad y el contrato era muy explícito en consignar la suma de

\$2.770.000 sin reajuste. No sabe a que correspondían los dineros pagados en exceso, pero lo importante es que se pagaban de más, y sabe que se devolvieron el 2011, después de la formalización. Lo que objetó reiteradas veces fueron los metros cuadrados pagados de más, junto con la nula mantención. Eso lo denunció a la contraloría, y también debieran estar esos hechos en conocimiento del Tricel. Cabe indicar que no señaló cuándo tomó conocimiento de los excesos pagados por concepto de reajuste. A la testigo Lorca se le hizo la pregunta específica, refiriendo que se empezó a dar cuenta de estos excesos cuando se empezaron a pedir los pagos, el 2007 y 2008, y se le hizo presente al alcalde ello al interior del Concejo, aunque no precisó fecha. Edwards por su parte –quien reconoció y leyó lo pertinente del contrato y uno de los decretos de pago al serle exhibidos– dijo que al alcalde se le hizo saber estos problemas en reiteradas ocasiones, los concejales escuchan constantemente a los vecinos y decían que las plazas se estaban secando, no había poda de árboles y se notaba abandono, recordando que el 2006 y 2007 el asunto ya no daba para más; incluso por la radio local, y los distintos concejales hacían saber la inquietud de la comunidad. Sin embargo, este testigo no fue explícito en cuanto a que se le reprochara al alcalde un pago excesivo al contratista más allá de lo pactado o de un reajuste que no correspondía, y tampoco refirió fecha exacta. El tribunal le pidió incluso aclarar si en el requerimiento a Contraloría que efectuaron los concejales –al que había aludido en general– se incluía

el asunto de los reajustes, indicando que no lo recordaba, y sobre si Contraloría en su informe al hablar de pagos indebidos hacía relación con los reajustes expresó que no lo tenía claro.

12.- Los testigos y querellantes Pérez, Lorca y Edwards fueron claros en indicar que en virtud de su rol fiscalizador como concejales en su oportunidad de la comuna de Nancagua, hicieron presente al alcalde en diversas ocasiones las irregularidades que a su juicio estaban cometiéndose en el municipio, especialmente en cuanto al contrato 299 citado, dando cuenta de las denuncias y requerimientos que fueron realizando a fin de que cesaran. Sin embargo, ninguno de ellos fue preciso en indicar cuándo tomaron conocimiento de los pagos efectuados en exceso al contratista de las áreas verdes. La prueba de cargo fue contradictoria en este punto, ya que mientras estos tres testigos aludieron vagamente a que dicha situación formaba parte de sus reparos, su falta de claridad se vio contrastada con la certidumbre en los dichos de los aludidos funcionarios de Contraloría, en cuanto a que no había reclamo o denuncia en este aspecto particular, ya que fueron ellos, al momento de realizar las visitas inspectivas, quienes al pedir el contrato se percataron de inmediato de la diferencia entre el monto que debía pagarse y lo que efectivamente se pagaba, lo que incluía un reajuste por IPC según todos les dijeron, que no establecía el contrato. Los concejales no refirieron aquello y resultaron poco creíbles en este punto en especial sobre que se le haya representado

al alcalde en reiteradas ocasiones y durante sesiones del Consejo, como alegaron. Su desconocimiento hasta dicha visita de Contraloría fue más verosímil, debiendo deducirse entonces que sólo a partir de fines de 2008 –noviembre o diciembre– fue conocido el hecho de los pagos indebidos, por tanto no al momento de realizarse, desde febrero de 2007 a través de la factura 352.

13.- Por cierto que dentro de la prueba documental aportada no se acompañaron actas del Concejo u otros antecedentes que avalaran lo dicho por estos testigos, y por el contrario el citado **informe 18-2009 de Contraloría** señala en su página 11, al referirse en su apartado III a la licitación del contrato de mantenimiento de áreas verdes a Román Vergara, que en este contexto se tomaron en cuenta las denuncias del concejal señor Edwards Fernández y del ex concejal señor Pérez Escobar, respecto que esta concesión consultaba sectores inexistentes y que el contratista continuaba utilizando un tractor municipal, las que fueron objeto de los análisis y pronunciamientos que se expresan en el libelo. Puede desprenderse de lo anterior que sus denuncias nada tuvieron que ver con objetar un pago indebido específico al contratista, vinculado con un reajuste anual. El mismo documento señala en su página 16 que “después del término de la visita efectuada a la Municipalidad de Nancagua, se ingresó a esta Contraloría Regional la documentación mencionada en el rubro, que hace referencia a las materias ya tratadas en el cuerpo de este informe, identificados en los

puntos I., II, y III”. Es decir, sólo entonces se recibió por Contraloría denuncia formal por hechos dentro de los cuales estaba este pago excesivo por concepto de reajuste, sobre el que precisamente se pronuncia el informe final, estableciéndolo como un pago efectuado indebidamente por \$4.461.615 (pág. 14), de lo que puede deducirse en forma certera que si los propios concejales no lo denunciaron antes fue porque no se habían percatado de ello, tal como dijeron los fiscalizadores Céspedes y Osorio. Y si ellos no sabían, siendo los más interesados en sacar a la luz las irregularidades del municipio, es totalmente verosímil que no lo hayan sabido los funcionarios, el propio contratista y el alcalde, como atestiguaron.

14.- Cabe mencionar que se aportó también la declaración del inspector de la Policía de Investigaciones de Chile **César Pascual Bustos**, quien explicó que concluyó la existencia de los delitos y la participación del acusado en base a las diligencias efectuadas, pero la información con que contó para ello fue solo una parte de la que tuvo a la vista este tribunal en el juicio, habiendo omitido la entrevista a varios de los testigos del caso y la obtención de la documentación pertinente, por lo que esa conclusión careció de la fuerza necesaria para ser un aporte a la tesis de los acusadores.

15.- El acusador particular también aportó aquí la testimonial de **Francisca Díaz González**. Ésta señaló ser funcionaria de la municipalidad de Nancagua hace 30 años, actual

Jefa del departamento de Administración y Finanzas. Sus funciones se resumen en llevar la parte de finanzas del municipio y emitir los decretos de pagos. Explicó también el proceso de pago: llega la factura a la oficina de partes de donde se va a Finanzas, ella la recibe y deriva a la encargada de contabilidad, quien emite el documento contable y el decreto de pago, lo que la testigo revisa, traspasándolo a Tesorería, de donde se van a la Unidad de Control y de allí al Secretario Municipal y después al alcalde, quien es el última en firmar. Dentro de los pagos que debía revisar estaban los relacionados con el contrato 299 sobre la licitación de áreas verdes, adjudicado a Juan Carlos Román, no recordando con precisión sus periodos de duración o montos. Supo que se habían hecho pagos excesivos cuando hizo una visita Contraloría, en el año 2009, se lo informó el Inspector de Obras, y ella se lo comentó a la administradora, quien lo informó al alcalde. A raíz de esto se tató de ubicar al señor Román para solucionar el problema, quien reintegró del dinero en agosto de 2009, eran 4 millones 600, ella los recibió y pensando que era lo correcto lo guardó –no hubo reparo de las autoridades, del alcalde y la administradora municipal– hasta que se hizo el reintegro en forma efectiva al municipio en el 2011, cuando la Contraloría comenzó el sumario. Por los pagos en exceso fue sumariada por la Contraloría y recibió sanciones, un 10% del sueldo base y anotación de demérito. El alcalde no fue sancionado porque el error lo cometieron ellos (aludiendo a ella misma y los otros sancionados) ya que el contrato

era claro en cuanto a que no había reajuste. Ante una consulta del tribunal, aclaró que el sumario se hizo el 2011 y terminó en mayo o junio, lo que sabe porque la notificaron.

16.- Esta testigo ratificó en términos generales la información no controvertida, pero claramente estuvo más cerca de avalar lo ya concluido sobre la ignorancia de los funcionarios municipales acerca de la naturaleza indebida del pago reajustado al contratista Román a partir del 2007, versión coincidente a la entregada por el acusado y su defensa. No pudo dejar de llamar la atención su narración respecto a la forma en que se produjo la devolución del dinero pagado a Román en exceso, pudiéndose compartir los reparos manifestados por los acusadores a lo creíble de este proceder, pero no obstante esto no fue desacreditado, y en todo caso nada objeta a que ella haya afirmado, como lo hizo, que en el municipio no se dieron cuenta que dicho pago era improcedente porque el contrato no preveía un pago reajustado. Por el contrario, a través de su testimonio se confirmó que ella junto a otros funcionarios fueron sujetos del sumario iniciado por Contraloría que terminó imponiéndoles severas sanciones por su negligencia funcional en todo el proceso. Dicha información por lo demás se incluye en el documento aportado por la defensa, emanado de la Contraloría General de la República y fechado el 13 de septiembre de 2011, que precisamente contiene la propuesta al alcalde de las sanciones impuestas en el sumario a la testigo y demás funcionarios aludidos. Pareció creíble la confesión de

esta testigo relativa a que el alcalde no fue sancionado porque el error lo cometieron ellos, aludiendo a los que participaban del proceso de pago y su control, independiente de las razones jurídicas de dicha ausencia de sanción. En el fondo, a ella le pareció justo que no lo fuera, y eso resultó coherente con lo señalado por ella y otros testigos en cuanto a que el alcalde era el último eslabón de la cadena de pago, quien firmaba al final los decretos de pago y cheques, en su caso, cuando ya todos los entes de la burocracia interna del municipio habían –o debían– haber cumplido sus funciones.

17.- Prácticamente en la misma situación de dicha testigo podemos citar a **Angelina Beatriz Bustamante Montecinos**, quien compareció esta vez a petición de la defensa a entregar su versión. Ella declaró ser contador auditor y trabajar en la municipalidad de Nancagua hace 11 años, como secretaria municipal, aunque ingresó primero a Finanzas y luego pasó a Control Interno, donde estuvo entre el 2003 y el 2009. Explicó que las funciones principales de este departamento son realizar las auditorías de todas las actuaciones dentro de la municipalidad y cuando algo no se ajusta hacerlo presente. Detalló cuál era el habitual proceso de pago de una factura, desde su ingreso vía oficina de partes hasta culminar con la firma por el alcalde del respectivo decreto de pago y el cheque, pasando intertanto por Finanzas, Tesorería y Control, y firmando también el secretario municipal. La documentación que llega al alcalde es el decreto de pago, el che-

que, la factura, la recepción de obra y el documento contable, no llega el contrato. El hecho que vayan las firmas de su parte significa que está todo en orden, el alcalde termina el proceso, no revisa lo que hicieron los otros porque se supone que existen los controles previos. Respecto del contrato 299 por la mantención de áreas verdes, recordó que fue adjudicado a Juan Carlos Román, pagándosele la mensualidad de 2 millones 700 y algo, y que a partir del segundo año se pagó reajustado por el IPC, en lo que no hubo reparo, siendo Contraloría la que detectó el error, no los concejales ni funcionarios. Contraloría dijo que se estaba cancelando un monto por IPC pero el contrato no lo establecía. Ella no se dio cuenta cuando revisó este contrato porque todos los contratos de esta naturaleza son reajustables. El segundo año no pidió el contrato, por eso visó el pago sin reparos. Agregó que la jefa de Finanzas le comentó que el dinero había sido desvuelto, y que se esperaba el inicio del sumario para ingresarlo. Se enteró del pago en exceso durante la revisión que hizo Contraloría, a fines del 2008. El contrato 299 fue reajustado, el reajuste venía en la factura y su monto lo colocó el señor Román, correspondiendo a la unidad de control, que era la testigo, su revisión, lo que hizo, y el porcentaje aplicado de reajuste efectivamente correspondía. A petición del abogado querellante reconoció el contrato 299 y la factura 389 de 30 de diciembre de 2008 por suma total de \$3.286.572 que se le exhibieron, señalando que no recordaba el detalle pero que el reajuste estaba bien aplicado cuando lo revisó, lo había

hecho el señor Román y ella solo verificó que correspondiera al IPC del periodo.

18.- Bustamante Montecinos no solo dio crédito a los otros funcionarios municipales con sus dichos sobre el tema en discusión, sino a Román Vergara en cuanto a que presentó sus facturas incluyendo el reajuste y que ella las revisó, verificando que el IPC estaba bien calculado, esto es, sabiendo que el monto había sido reajustado por la variación del IPC, asumiendo que no había reparo alguno en ello, limitándose a revisar el factor de cálculo del IPC y dando su visado pertinente dentro del proceso, inconsciente de que estaba autorizando un pago que no correspondía. Es decir, lo mismo que se le imputa al alcalde, pero en que era ella quien tenía por sus funciones y preparación, quien debía advertir cualquier inconveniente para realizar el pago, mucho antes de que llegaran los documentos al alcalde, lo que ciertamente no hizo. De este modo, nuevamente la postura de la defensa salió fortalecida.

19.- También a instancias de la defensa entregó su testimonio **Pietro Enrico Bernasconi Romero**, quien indicó ser ingeniero comercial, jefe de la unidad de control de la Contraloría General de la República, unidad de la región de O'Higgins, quien explicó que a propósito de las revisiones a la municipalidad de Nancagua se emitió un informe en el 2009, que él firmó, y posteriormente hubo un sumario administrativo, relativo a un punto del contrato de mantenimiento de áreas verdes. La resolución

que ordena el sumario dictada por el contralor regional decía relación con las irregularidades del contrato, objetando dos temas: el pago indebido de un reajuste en el contrato, no establecido, y un incumplimiento del Director de Obras en la revisión como ITO de las áreas verdes cuya mantención debía realizar el contratista. Producto de ese sumario recibieron sanciones la Directora de Finanzas, dos funcionarias que subrogaban y el jefe de obras; ello porque se visaron los pagos en circunstancias que no se ajustaban al contrato, es decir, autorizaron un pago que no correspondía, lo que obedecía a su negligencia. Recordó que en sus descargos los inculpados aludieron a que esto se había producido porque por en el anterior contrato se pagaban intereses (sic) y se siguió la costumbre, y además la boleta de garantía incorporaba reajuste. Aclaró que no estaba contemplado dentro de la denuncia que dio origen a la investigación el pago indebido de reajuste, sino que se refería a un pago superior al que correspondía. El sumario no se siguió contra el alcalde porque la contraloría no tiene competencia a su respecto. Según consta en la vista fiscal estos dineros fueron reingresados en junio de 2011 por parte del contratista, es decir, el daño causado se reparó. Contraloría una vez detectadas las irregularidades en su informe no señaló la forma de subsanar el problema o un plazo, y cuando se detecta una afectación del patrimonio los propios servicios pueden iniciar las acciones legales o bien Contraloría lo hace luego del resultado del sumario administrativo. Finalizó señalando que la supervi-

gilancia de los procesos al interior del municipio la tiene el alcalde, en coordinación con las demás unidades dentro del ámbito que les es propio.

20.- A través de este testigo se reforzó la credibilidad de la información proporcionada por los otros funcionarios de Contraloría y municipales, en cuanto a esta falta de conocimiento respecto de que el pago al contratista era improcedente en cuanto al reajuste aplicado, y por lo mismo en cuando a la credibilidad de Escanilla Gaete quien alega precisamente eso. Pero en conjunto con aquéllos también permite asentar el hecho que el sumario practicado por Contraloría efectivamente determinó sanciones para los funcionarios que debieron haber advertido la situación e impedido que se pagara a Román Vergara en perjuicio de las arcas municipales, al punto que fueron sancionados, en la forma que se dijo. En este punto puede criticarse, al amparo del rol directivo y de máxima instancia de control del municipio que ejercía el acusado como alcalde, pero lo cierto es que una eventual responsabilidad funcionaria por ausencia de ese control no puede extenderse razonablemente hasta la configuración de un ilícito penal como el que se le imputó, ya que éste exige al menos un conocimiento de los hechos, es decir, que haya sabido que se estaba pagando un monto que no correspondía, lo que no se pudo establecer, más allá de toda duda razonable. Por lo demás, incluso la existencia al interior del municipio de una cadena de funciones a cargo de diversas personas que intervenían en el proceso de pago, donde el mando estaba

delegado, hace presumir que su intervención no podía implicar un control de cada uno de ellos, lo que física y técnicamente no era posible exigirle, al menos desde un punto de vista penal.

21.- Por cierto que lo razonado permite desde luego descartar la postura del acusador particular en cuanto a que se acreditaría en el juicio la existencia de un fraude, ardid o engaño por parte del acusado, lo que no tuvo asidero alguno en la prueba. Incluso de acreditarse la existencia de una mentira como la relativa al reintegro del dinero por parte de Román Vergara en el 2009, el que se habría guardado hasta junio de 2011, ello sería irrelevante en cuanto por una parte no fue desvirtuado, según se analizó e independiente de lo inverosímil que aparezca, contándose con los dichos de Francisca Díaz y el propio Román sin prueba en contrario, y, por otro lado, no se estableció en modo alguno que Escanilla haya sabido de esta devolución y custodia del dinero, tal como se desprende de su declaración. Nuevamente su relación de amistad con Román, aspecto en que sí fue contradicho, no alcanzó para atribuirle un concierto ni en este aspecto ni en los pagos realizados. Por el contrario, si alguna influencia clara a los ojos de la lógica apareció de su amistad, fue que el dinero se devolvió precisamente por la cercanía de Román con Escanilla, ya que de otro modo, poniéndose en la postura de Román y conforme a lo que para él era la práctica usual, podría haber al menos discutido en instancias judiciales que era legítimo cobrar de reajuste, negándose a la

devolución al menos por un tiempo. En todo caso, esta alegación del que-rellante fue totalmente descartada.

22.- En suma, a partir de los testimonios reproducidos extractadamente, se estableció que los funcionarios municipales que trabajaban en el municipio en la época de los hechos y que en razón de sus cargos debían intervenir en alguna etapa de la generación de los pagos efectuados, desconocían o no eran consientes –en parte por no saberlo, en parte por no recordarlo, como Aguirre que redactó el contrato y ciertamente en algún momento debió internalizarlo– que el contrato no contemplaba reajustes, y por lo mismo no repararon este problema sino hasta que lo indicó Contraloría Regional, a partir de fines del año 2008. De igual modo, los concejales denunciadores de otras irregularidades, no se habían percatado de ello, pese a que tuvieron acceso al contrato, como ellos mismos afirmaron al indicar las veces en que se discutió en el concejo la mala ejecución de éste por el contratista. Como ya se dijo, claro está que si hubieran tenido conocimiento lo hubieran denunciado.

23.- En esta línea vale la pena detenerse en el requerimiento efectuado por los mismos ante el Tricel, a fines del 2008, según da cuenta la parte final del informe 18-2009 de Contraloría: ante el tribunal electoral se hizo ver un sin número de reparos a la administración comunal, todos los cuales fueron objeto de un extenso pronunciamiento por aquel órgano colegiado, y luego por el Tribunal calificador de Elecciones en fallo

de segundo grado, de acuerdo a la documental respectiva ofrecida por la defensa. Oportunidad de acusar al alcalde por todo lo que se le objetara no había mejor, sobre todo cuando los cargos buscaban articular un notable abandono de deberes, pese a lo cual, en forma que no dejó de llamar la atención, no se incluyó el tema del pago en exceso al contratista Román por el contrato 299: según se lee en el primero de los fallos, se cuestionó cinco aspectos de la ejecución de este contrato (inexistencia de áreas verdes, uso de un tractor y otros), pero nada se dijo del pago en exceso, hecho de tal gravedad que llegó a la instancia judicial final en este juicio. ¿Por qué la omisión? Nada de esto dijeron los concejales al declarar en estrados, y tampoco los acusadores, que entregara un fundamento lógico a aquello, por lo que la única explicación posible fue, precisamente, que a la fecha del requerimiento ignoraban este problema, al igual que todos los involucrados. Ello evidentemente redundó en reforzar la conclusión de que, en síntesis, el alcalde no sabía esta situación y no tuvo razonablemente cómo preverla.

24.- Por otro lado, del conjunto de testimonios apareció que era una práctica común, tanto antes del referido contrato 299 como después, que este tipo de concesiones de larga data se pactaran con el reajuste de acuerdo al IPC. En ese sentido, además de los dichos de varios testigos, entre ellos Aguirre Camposano, quien admitió haber tomado la decisión de no señalar reajuste al redactar el contrato 299, modificando lo que se solía hacer, pudo tenerse la infor-

mación contenida en la documental acompañada por la defensa. En efecto, como anteriormente se mencionó, se incorporaron los siguientes contratos celebrados por el municipio en las fechas y por los conceptos que se indican: **Contrato Nro. 62** suscrito con Starco S.A el 01 de febrero del 2011; **Contrato de 28 de Junio de 1994**, por el cuidado y manutención del estadio municipal de Nancagua; **Contrato del 01 de Julio de 1994** para el cuidado y manutención del gimnasio municipal, media-luna y pista de baile; **Contrato N° 25 del 01 de Marzo del 2009** con Starco S.A por extracción de residuos domiciliarios; y **Contrato Nro. 5** por la mantención de áreas verdes con Juan Carlos Román Vergara, suscrito el 04 de Febrero de 2009 para el periodo 2009-2012. Según se puede leer en todos estos contratos, todos son por servicios destinados a prestarse por más de un año y todos estipulan expresamente el reajuste, tal como los testigos refirieron también pensaban lo contemplaba el 299. Incluso según se puede apreciar en el último contrato, con el mismo contratista Román Vergara. Por lo demás, las máximas de la experiencia indican que este tipo de prestaciones a un plazo tan amplio usualmente contempla una reajustabilidad anual de acuerdo a la variación del IPC. Todo ello dio respaldo conforme a la lógica a los diversos testimonios, particularmente al del acusado, en cuanto a que nunca se presentaron al presentarse la factura reajustada por Román y empezar a pagarse el reajuste que ello no correspondía.

25.- Pero un detenido estudio de los antecedentes escritos aportados dio fuerza adicional e imprevista a la tesis de la defensa. Según sostuvieron los acusadores, se imputó a Escanilla un pago indebido por concepto de reajuste por un total de \$4.461.615, pero el pago en exceso del precio fijo señalado en el contrato fue mucho mayor, si se hace el cálculo que el tribunal realizó a partir de las sumas indicadas en cada una de las facturas pagadas que se acompañaron al juicio, por el periodo 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2008. En efecto, de un básico cálculo aritmético se obtiene que la suma total que debió pagarse según el contrato durante los años 2007 y 2008 fue de \$66.480.000 (es decir, \$2.770.000 x 24 meses), sin embargo, sumando el importe total de todas las facturas del periodo, acompañadas al juicio y reconocidas, entre otros, por Escanilla y Román Vergara, se alcanzaría la suma de \$75.774.283, que aparece en el “cuadro resumen” que se exhibió en la audiencia y que se anexaba al informe de Contraloría tantas veces citado N° 18-2009, bajo la designación “valor cancelado”. Entre ambas cifras existen \$9.294.283 de diferencia. Evidentemente, al contrastar dicha suma con los \$4.461.615 sustentados como constitutivos del fraude al fisco por el Ministerio Público y la parte querellante, la pregunta que enseguida salta a la vista es ¿por qué los acusadores no señalaron esta cifra como la pagada indebidamente? Al parecer la respuesta estaría dada por el informe de contraloría. Aquí valga una aclaración: el cuadro resumen aludido, exhibido al testigo Céspedes, menciona como “diferen-

cia” o monto pagado indebidamente por reajuste la suma de \$4.513.521, y, tal como se desprende del mismo, a partir de esa suma se calculó en su oportunidad la cifra que se le hizo restituir reajustada al contratista. Pero evidentemente hay un cambio respecto de la suma señalada por los acusadores, lo que puede explicarse al ver el mencionado informe 18-2009 y su anexo 12, donde aparece otro cuadro resumen, al parecer el definitivo, donde sí se consigna como suma los \$4.461.615. El nivel de confusión queda palpable. Sin perjuicio de ello, pareció indispensable al leer el cuadro preguntarse de dónde salía esa suma determinada por Contraloría, y cómo es que llegaba a un monto tan disímil con la realidad (de hecho, inferior en más de 4 millones y medio de pesos al monto efectivo de diferencia). La respuesta la tiene el mismo cuadro, y una revisión acuciosa y comparativa de la documentación aportada. Esto porque a partir de enero de 2007 debía seguir pagándose \$2.770.000, pero se pagó por el municipio la suma de \$2.980.116. La diferencia, empero, no corresponde al reajuste del IPC, según se desprende del documento denominado memorándum N° 23, fechado en Nancagua el 31 de enero de 2007, suscrito por el Director de Obras Municipales, testigo Aguirre Camposano, dirigido a la Jefa del Departamento de Administración y Finanzas, testigo Francisca Díaz, donde se indica que “con relación al contrato N° 299 de áreas verdes suscrito con el Sr. Juan Carlos Román, informo a Ud. que éste debe ser reajustado por incorporación de nuevas áreas verdes y que son ...” enumerando a conti-

nuación una serie de lugares y sus metros cuadrados, para a continuación señalar que “correspondería cancelar sobre cada m² \$41,17 por lo que el Contrato debe reajustarse en \$210.116 IVA incluido”. Este documento se incorporó al juicio, como prueba del Ministerio Público y no obstante su falta de reconocimiento o lectura expresa, pudo valorarse en cuanto anexo que era del decreto de pago N° 249 de fecha 5 de febrero de 2007 y de la factura N° 351 de fecha 31 de enero de 2007. Por lo demás, en el último cuadro citado, al lado de la suma pagada y la diferencia detectada en el mes de febrero de 2007, se consigna “autorizado por Director de Obras”. Ello implica que debía modificarse la suma original del contrato en estos \$210.116 desde el mes de enero de 2007 en adelante. Es curioso que ningún testigo haya referido este crucial punto. Al sumar esta cifra al precio original arroja la cantidad pagada por dicha factura 351. Es decir, independiente de la legalidad de la modificación contractual que implicó este memorándum del Jefe de Obras, la coincidencia de las cifras es completa. El testigo al ser examinado nada dijo sobre este punto, y ninguno de los intervinientes se percató al parecer de ello, o lo cuestionó. Por su parte, el testigo Román Riquelme, al responder una pregunta aclaratoria del tribunal señaló que en la factura del mes siguiente, la N° 352 de fecha 28 de febrero de 2007, se consignó como suma adicional a pagar \$65.112 como “diferencia IPC enero”, incluso apareciendo en el original adjuntado al decreto 448 la expresión “%2,6”, que alude al porcentaje o factor de

reajuste, que no sería otro que la variación anual del IPC del año 2006. En esta factura a su vez también se incorporó el reajuste para el mes de febrero de 2007, siendo el total de la misma \$3.135.082, la cual entonces incluiría el precio mensual del contrato, el pago de reajuste según IPC y el reajuste especial por nuevo cálculo de las áreas verdes cuya mantención era materia de la concesión. Al parecer, este rubro del pago efectuado –el “reajuste” de los metros cuadrados a mantener y el cambio del precio fijo pactado proporcional– no fue objetado en instancia alguna, ni por el alcalde ni por el alcalde, ya que nada dijeron sobre ello los concejales que presentaron requerimientos en su contra, ni los fiscalizadores de Contraloría que declararon en el juicio, todos los cuales aludieron en general a haberse percatado en distintos momentos de que se habían efectuado pagos indebidos por sobre el precio del contrato. Sin embargo, dentro de estos últimos, Céspedes Osorio reconoció y reseñó en su exposición, como se dijo, las cifras contenidas en el primer cuadro resumen, donde se desglosan los valores pagados mes a mes por concepto de reajuste –anual según variación del IPC se entiende–, pudiéndose advertir que él determinó como pago incorrecto o “diferencia” sólo las sumas reajustadas por IPC, y no cuestionó u objetó el incremento por los metros cuadrados. De allí que indique la suma de \$2.980.116 dentro de la columna “valor correcto” de ese primer cuadro exhibido a partir de febrero de 2007, lo que en el segundo cuadro también se recoge bajo la expresión “valor”. Es decir,

de lo razonado puede inferirse conforme a la lógica y a las máximas de la experiencia que el contrato de mantención de áreas verdes, que era de larga data y que en enero de 2007 ya tenía un año de vigencia –sin perjuicio que para el acusado como alcalde que ya llevaba varios años en ejercicio era un servicio que desde siempre debía pagarse– tuvo montos que cambiaron en el tiempo y por cuyo pago en exceso del monto original no es razonable imputar penalmente al acusado, ya que en la práctica nadie se dio cuenta que se estaba pagando cifras en exceso o que no correspondían, siendo evidente que faltaron los controles más básicos del municipio, pero donde no puede desprenderse un directo e indubitado conocimiento por parte del acusado. En el mismo sentido, se pudo advertir que entre abril y julio de 2007 se emitieron los decretos de pago por \$3.057.599, y los cheques correspondientes, pero inexplicablemente la cifra cambió en el pago efectuado en agosto de ese año a \$3.075.599: evidentemente, al emitir la factura pagada ese mes, que no es otra que la 357, se cambiaron los números 57 por 75, elevando la cantidad a pagar, sin poder desprenderse una intencionalidad por ese solo hecho pero haciendo que se incrementara la suma pagada indebidamente en el tiempo. Y nuevamente sobre ese cambio nadie se dio cuenta en su momento, sin perjuicio que se corrigió después a instancias del mismo municipio a principios de 2008, según el segundo cuadro mencionado.

26.- Es dable insistir que ninguno de los intervinientes abordó en detalles

todas estas diferencias, y que en caso alguno pudieron ser objeto de reproche al acusado más allá de lo que expresamente se le imputó, según se ha dicho. Pero estos razonamientos efectuados tienen una consecuencia que a ojos de la lógica lleva a favorecer la postura de la defensa: es imperativo legal y parece razonable que el alcalde, siendo la cabeza del municipio, debe tener un rol fiscalizador en último término, pero naturalmente debe delegar y en cierta medida depender también del conjunto de autoridades y funcionarios que deben desempeñar las diversas tareas propias del municipio, quienes deben remitirle los antecedentes para su final aprobación —en este caso los pagos mensuales al contratista— una vez que se hubieran verificado todas las condiciones y requisitos para ello, en todos los aspectos técnicos, ya sea en el ámbito de la factura física presentada a cobro (que no sea falsa o esté mal extendida), de la procedencia del pago como contraprestación de un servicio realmente efectuado (es decir, que se haya realizado la debida mantención de las áreas verdes, lo que fiscalizaba el Inspector Técnico de Obra), y otros aspectos, dentro de lo que por cierto está que el pago requerido por el contratista se ajuste al contrato. Otro sentido haría necesario que el alcalde y cualquier jefe de servicio realizaran personalmente el trabajo, lo que además de ilusorio, por cierto redundaría en lentitud e ineficacia de la administración.

27.- Finalmente, como ya también se ha abordado, tampoco la amistad de Escanilla Gaete con el contratista Román Vergara —demostrada sufi-

cientemente, contra los dichos del acusado, por la relación que hicieron diversos testigos como el propio contratista, la señora María Cecilia Corbalán que fue pareja del alcalde y varios de los funcionarios de la municipalidad— bastó para establecer un conocimiento o ánimo directo de beneficiarlo mediante este pago excesivo, de modo de configurar la conducta “consentir que otro defraude”, recogida en este tipo penal.

28.- Si bien los errores, faltas administrativas o negligencias, cometidas por sus subordinados pueden dar lugar a la responsabilidad funcionaria del alcalde, en su calidad de máxima autoridad comunal frente a una falta u omisión a sus propios deberes de control, ello no necesariamente alcanza a su responsabilidad penal, que bien es sabido es más estricta y restringida, en cuanto sólo cabe responder por actos propios y dolosos. En el caso de estos delitos, podrá discutirse que el dolo no es similar al de otros delitos, porque en cierta medida se responde por una suerte de omisión culposa, el dejar de realizar el control exigido, estando obligado a ello por la posición de garante que implica la jefatura máxima. Pero ese dolo al menos debe contener indiscutidamente el elemento conocimiento, y ya esta fase básica de la conducta exigida por el tipo penal no pudo ser demostrada, más allá de toda duda razonable. En decir, la responsabilidad funcionaria invocada por el fiscal, en el caso concreto y en el contexto descrito, resultó por sí sola insuficiente para establecer la existencia del delito imputado y

la directa participación de autor de Escanilla Gaete.

Por todo ello se decidió absolverlo respecto de este segundo delito materia de la acusación.

UNDÉCIMO: Circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal. En cuanto al hecho que ha sido materia de condena, tanto en la acusación fiscal deducida por el Ministerio Público y la acusación particular de la parte querellante, recogidas en el auto de apertura, como durante sus alegatos en la audiencia establecida en el artículo 343 del Código Procesal Penal, los intervinientes debatieron respecto de la concurrencia de diversas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, a las que cabe referirse separadamente:

1).- En primer lugar, todos los intervinientes estuvieron contestes en que al acusado le favorecía la circunstancia atenuante de su **irreprochable conducta anterior**, establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, siendo a su vez un hecho señalado por el fiscal y no controvertido que Escanilla Gaete no registra anotaciones penales en su extracto de filiación. El tribunal con el mérito de lo planteado por los intervinientes tendrá entonces por configurada esta minorante a favor del encausado.

2).- La defensa solicitó se reconociera también a favor de su representado la atenuante de **haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos**, conforme lo establece el artículo 11 N° 9 del código punitivo, fundado en que al prestar declara-

ción en el juicio el acusado reconoció todos y cada uno de los hechos por los que fue acusado, habiendo tenido él y su defensa únicamente una discrepancia en cuanto a si esos hechos revestían el carácter de delito y a su correcta calificación jurídica, lo que significó que en gran medida los hechos no fueron controvertidos. Tanto el fiscal como el abogado de la parte querellante se opusieron a esta pretensión, argumentando en síntesis que la actitud del acusado no había sido de prestar una efectiva colaboración al esclarecimiento de los hechos, puesto que, muy por el contrario, pretendió exculparse de toda responsabilidad negando situaciones fácticas que en definitiva fueron establecidas por el tribunal, permitiendo configurar su conducta dolosa, a lo que hay que agregar que la colaboración debe ser sustancial, lo que en ningún caso sucedió.

El tribunal compartió las objeciones de los acusadores a esta atenuante invocada, advirtiendo que efectivamente el acusado y su defensa levantaron una tesis incompatible con la colaboración sustancial reclamada, habiendo quedado demostradas diversas premisas fácticas que fueron afirmadas por el acusado que fueron abiertamente desmentidas al recibir prueba que se estimó más confiable, según ya se dijo, de modo que no tuvo injerencia alguna en la contratación de Cecilia Corbalán. Su actitud no se apreció como un intento serio, comedido y sincero de ayudar a dilucidar la verdad, sino de eludir o morigerar su responsabilidad frente al cargo levantado. En razón

de aquello se rechazará esta petición de la defensa.

3).- Por último, la defensa indicó que beneficiaba al imputado la atenuante de **media prescripción**, establecida en el artículo 103 del Código Penal, atendido que entre la fecha de comisión del ilícito determinado por el tribunal –en agosto de 2006– y aquella en que Escanilla Gaete fue formalizado –en marzo de 2011– transcurrió más de la mitad del tiempo de prescripción de un simple delito, por lo que pidió que el tribunal rebajara la pena a imponer en consecuencia. Nuevamente los acusadores se opusieron a esta minorante alegada, señalando que la fecha que debía aplicarse para la interrupción era la de la formalización, y que a esa época no había transcurrido el plazo legal, agregando que así lo ha establecido la jurisprudencia, ya que la querrela tiene un efecto comunicativo apto para interrumpirla. El acusador particular añadió que este delito era además de carácter permanente ya que el contrato de trabajo sigue vigente y que la sociedad no fue disuelta sino hasta el año 2011, y que por ello no procedía alegar la prescripción.

Primeramente, ha descartarse inmediatamente la alegación del acusador particular sobre que este delito sea de ejecución permanente, aseveración que no tiene respaldo alguno, ya que el delito de negociación incompatible es de aquellos de ejecución instantánea, es decir, que se consuman al verificarse formalmente la conducta descrita en el tipo penal, sin perjuicio de los efectos posteriores que tenga.

En este caso al celebrarse el contrato de trabajo y firmarse a mayor abundamiento el decreto alcaldicio que lo aprobaba, con la misma fecha, el acto se consumó y produjo sus efectos jurídicos y consecuencias penales para su autor. Es por ende a partir de esa época, en concreto el 30 de agosto del año 2006, en que ya cometido el delito empieza a correr el plazo para su prescripción, debiéndose producir la extinción de la responsabilidad penal si no es interrumpido o suspendido el plazo (sic) en conformidad a la ley.

Establecido lo anterior y para resolver el fondo de este punto en discusión, debe considerarse que no fue controvertido que la querrela que dio origen a la presente causa fue presentada ante el Juzgado de Garantía de Santa Cruz el día 5 de diciembre de 2008, y que Escanilla Gaete fue formalizado durante la investigación respectiva el 10 de marzo del 2011. Enseguida, valga decir que el artículo 103 de la recopilación sustantiva penal, al establecer esta atenuante especial, refiriéndose a la interrupción de la prescripción de la acción penal indica que ésta opera o se produce “*si el responsable se presentare o fuere habido*”, expresión que, ante la máxima modificación procesal introducida en los últimos años en el país al sistema procesal penal, y conforme a los principios que esta reforma destacó, no puede sino vincularse con el indispensable conocimiento formal y demostrable que el querrellado haya tenido del procedimiento iniciado en su contra. Se entiende que sólo en virtud de ese conocimiento puede ejercer los derechos que se le fran-

quean desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra—como lo consagra el artículo 7° del Código Procesal Penal—, lo que normalmente se producirá con la debida formalización de la investigación, que precisamente, como conceptualiza el artículo 229 del mismo estatuto, “es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que se desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”. En el caso que nos ocupa, no se demostró que el encausado haya tenido conocimiento de la querrela, en los términos indicados, sino a partir de la fecha en que fue formalizado, puesto que no surgió en forma indubitada en el juicio que antes de esa fecha haya sido detenido u objeto de alguna medida con motivo de esta causa, que implicara su debido conocimiento preciso de los delitos determinados que por ella se le imputaban. Por lo demás, frente a un asunto sometido a tal nivel de interpretación, debe preferirse el sentido más acorde al principio *in dubio pro reo*.

De esta forma, la fecha de la interrupción de la prescripción de la acción penal respecto del delito materia del presente juzgamiento, cometido el 30 de agosto de 2006, debe tenerse como el día 10 de marzo del 2011, fecha de la formalización del imputado.

Pues bien, habiendo transcurrido entre ésta última y la fecha del delito un periodo de cuatro años, seis meses y diez días, esto es, mucho más del cincuenta por ciento del tiempo de

prescripción de un simple delito como el que se ha establecido, conforme lo previsto en el artículo 94 en relación a los artículos 3, 21 y 240, todos del código de castigo, se han verificado los supuestos que el citado artículo 103 del mismo código exige para que opere la atenuante calificada conocida como media prescripción o prescripción gradual de la pena, debiéndose acoger la solicitud de la defensa a este respecto, en la forma y con los efectos que más adelante se dirán.

No se alegaron y menos acreditaron otras circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que analizar, y, sin perjuicio que la parte querellante había pedido la agravante de abuso de confianza en su acusación particular, no la sostuvo en definitiva, por lo que resulta inoficioso analizarla.

DUODÉCIMO: Determinación de las penas. En cuanto a la determinación de las penas aplicables al acusado Luis Eduardo Escanilla Gaete por su responsabilidad en la figura penal que ha resultado acreditada, debe señalarse lo siguiente:

1°.- En cuanto a la pena privativa de libertad.

a).- Conforme se ha expuesto anteriormente, se estableció la participación en calidad de autor del acusado en la comisión de un delito consumado de negociación incompatible, cuya pena corporal asignada según lo dispuesto en el inciso cuarto en relación al inciso primero del artículo 240 del Código Penal,

es la de reclusión menor en su grado medio.

b).- Según ya se analizó, favorece al acusado una atenuante genérica, cual es la de su irreprochable conducta anterior, y la minorante especial del artículo 103 del referido código, no perjudicándole a su vez agravante alguna. Atendido lo anterior y la diversa naturaleza de las atenuantes reconocidas, se hará aplicación en primer lugar de la aludida media prescripción, lo que llevará a estimar, conforme dicha última norma, al hecho revestido de dos atenuantes muy calificadas, rebajando la pena en dos grados –siguiendo el criterio de rebaja recogido en el artículo 68 bis del mismo cuerpo legal– para situarla en la de prisión en su grado máximo.

c).- Dentro de este marco punitivo, se consideró la atenuante genérica indicada y la extensión del mal causado con el delito, fijando la sanción en concreto en el límite superior del mínimo del grado, conforme lo dispuesto en el artículo 67 del código de castigo, esto es, en cincuenta días de prisión.

2°.- En cuanto a la pena de inhabilitación.

a).- Según el mismo artículo 240 del Código Penal, el delito de negociación incompatible trae aparejado también la sanción principal de inhabilitación absoluta temporal para cargos,

empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo.

b).- De acuerdo a lo ya argumentado respecto de la operatividad de las atenuantes reconocidas y la rebaja consecuente de la pena corporal preceptuada, se procederá de igual modo a realizar una rebaja de esta pena de inhabilitación en dos grados, teniendo presente para ello lo dispuesto en los artículos 56 y 59 del código sancionatorio, situándola en una de suspensión en su grado máximo, que comprende de los dos años y un día a los tres años. Esta suspensión ha de entenderse referida a todo cargo, empleo u oficio público, porque, no obstante que no lo señala la escala gradual del artículo 59, así lo contempla como pena el citado artículo 240. Dentro de dicha extensión, se regulará esta suspensión en el mínimo, atendido que se ajusta más a lo solicitado por los acusadores y la defensa en la audiencia de determinación de penas.

3°.- En cuanto a la pena de multa.

a).- El delito referido conlleva también como pena principal, de acuerdo a la citada norma que castiga la negociación incompatible, la pena de multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que se hubiere tomado en el negocio. En este caso, no fue discutida por los intervinientes la procedencia de esta sanción, pero sí su base de cálculo, ya que mientras el

- fiscal y la defensa coincidieron en que sólo podía referirse a la primera remuneración pactada en el contrato celebrado entre la Municipalidad de Nancagua y doña María Cecilia Corbalán, que ascendió a \$242.092, el abogado querellante sostuvo que debía considerarse todas las remuneraciones mensuales pagadas durante la vigencia del contrato, desde la indicada hasta la correspondiente al mes en que se puso efectivo término a la sociedad, aludiendo a la fecha indicada por la respectiva escritura de aviso de término incorporada al juicio por la defensa.
- b).-** El tribunal descartó darle la razón a la parte querellante, teniendo en cuenta la imposibilidad manifiesta de efectuar el cálculo propuesto, toda vez que debe arribarse a una suma cierta y determinada. Esta suma no puede ser otra que la pactada en el contrato y percibida por la trabajadora el primer mes de su vigencia, porque sólo sobre ésta no hubo dos posturas, en tanto que no se incorporaron liquidaciones de sueldo, registros contables o comprobantes de pago que indicaran cuánto se pagó desde entonces, lo que quedó dentro de un ámbito meramente especulativo. De esta forma, el monto del *“interés tomado en el negocio”*, o, más bien, del interés permitido tomar en el negocio a la tercera asociada con el hechor, fue en este caso la suma de \$242.092.
- c).-** A continuación, correspondió establecer, cuánto era el porcentaje sobre la cantidad señalada de la multa a imponer. En este sentido, se compartió lo propuesto por la defensa, ya que el marco penal que situaba la multa en principio entre un 10 a un 50% debió seguir la misma suerte de las otras formas de sanción, en cuanto a verse reducidas por la aplicación de las atenuantes reconocidas, siendo abiertamente improcedente que la multa alcanzara el 50% sugerido por los acusadores, en tanto era el límite máximo a imponer lógicamente en un escenario sin estas minorantes. Fue así como se estimó razonable rebajar ese rango a un porcentaje definitivo del 5% de la remuneración pactada, esto es, a \$12.105 (doce mil ciento cinco pesos).
- 4°.-** En cuanto a la pena accesoria legal.
- Conforme lo dispone el artículo 30 del código sustantivo criminal, la pena de prisión lleva aparejada como pena accesoria, por el solo ministerio de la ley, la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, la que se impondrá en este caso al igual que aquélla por cincuenta días. Ello sin perjuicio del cumplimiento de la pena regulada en el N° 2 anterior.
- DÉCIMO TERCERO:** Forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad. Si bien los intervinientes nada plantearon expresamente al respecto, apareció en forma clara

que el acusado cumple los requisitos tanto objetivos como subjetivos previstos en el artículo 4° de la ley N° 18.216, como para beneficiarlo con la suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad a imponer. En efecto, se verificó que la extensión de dicha pena no excede los tres años, que Escanilla Gaete no ha sido condenado anteriormente por ilícito alguno y que tanto sus características personales –una actividad laboral conocida como actual alcalde de Nancagua y domicilio fijo, entre otros– como su conducta anterior y posterior al hecho punible cometido, y la naturaleza, modalidad y móvil determinantes del mismo, permiten presumir que no volverá a delinquir, haciendo innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena. Es por ello que se le concederá el beneficio alternativo de la remisión condicional de la pena, bajo las condiciones señaladas en el artículo 5° de la misma ley.

DÉCIMO CUARTO: Costas de la causa. Atendido que el acusado resultó condenado por uno de los dos ilícitos respecto de los cuales fue acusado, siendo absuelto por el otro, y que dada la naturaleza de ellos debía efectuarse el juzgamiento en un juicio oral como el llevado a efecto ante este tribunal, se le condenará en costas sólo por el cincuenta por ciento del total de las que se causaron en el juicio, liberando a su vez de su pago a los acusadores, en cuando al ilícito que no resultó acreditado, por cuanto se estimó que tuvieron motivo plausible para litigar, ya que sostuvieron su imputación en alegaciones razonables y prueba de respaldo, la que

sin embargo se estimó insuficiente para aceptar su caso.

Por todas estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°s 6 y 9, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 30, 40, 50, 56, 59, 67, 68 bis, 69, 103, 220, 239, 240 y 260 del Código Penal; artículos 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342 y 348 del Código Procesal Penal; Ley 18.216, y demás normas aplicables en la especie, SE DECLARA QUE:

I.- Se condena a LUIS EDUARDO ESCANILLA GAETE, por su responsabilidad en calidad de autor de un delito consumado de **negociación incompatible** previsto y sancionado en el artículo 240 del Código Penal, cometido el 30 de agosto de 2006 en la comuna de Nancagua, a sufrir la pena de **CINCUENTA DÍAS DE PRISIÓN** en su grado máximo, más la accesoria legal de **SUSPENSIÓN DE CARGO U OFICIO PÚBLICO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA**, esto es, por cincuenta días. Además, se le imponen las penas principales de **DOS AÑOS Y UN DÍA DE SUSPENSIÓN** en su grado mínimo para cargos, empleos u oficios públicos y de **MULTA DE \$12.105** (doce mil ciento cinco pesos). Finalmente, se le condena al pago del **CINCUENTA POR CIENTO DE LAS COSTAS DE LA CAUSA**.

II.- Se absuelve a LUIS EDUARDO ESCANILLA GAETE de la acusación deducida en su contra por el Ministerio Público y los querellantes de ser autor de un delito consumado de **fraude al fisco**,

tipificado en el artículo 239 del Código Penal, relacionado con pagos indebidos originados en el contrato N° 299 para la mantención de áreas verdes celebrado con la Municipalidad de Nancagua con fecha 1 de enero de 2006, y supuestamente cometido durante los años 2007 y 2008 en dicha comuna.

III.- NO SE CONDENA EN COSTAS A LOS ACUSADORES por este capítulo.

IV.- Reuniendo el sentenciado los requisitos establecidos en el artículo 4° de la Ley 18.216, **SE LE REMITE CONDICIONALMENTE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD IMPUESTA**, cuyo cumplimiento quedará en consecuencia suspendido, debiendo permanecer sujeto al control administrativo y de asistencia a la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile que corresponda, por el término de un año, y dar cumplimiento, en su oportunidad, a las demás exigencias establecidas en el artículo 5° de la citada Ley. La referida suspensión del cumplimiento de la pena corporal alcanza también a la accesoria indicada de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de su condena. Para el caso que dicho beneficio le sea revocado, deberá cumplir efectivamente la pena corporal impuesta, no existiendo abonos que considerar.

En su oportunidad, remítanse vía SIAGJ los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía de esta ciudad para el cumplimiento y ejecución de la sentencia, y a fin que se comuni-

que lo resuelto a los organismos que correspondan.

Devuélvanse a los intervinientes la prueba documental y de otros medios aportada, previa constancia.

Regístrese.

Sentencia redactada por el Juez don Rodrigo Gómez Marambio.

RIT 46-2011.

RUC 0810026007-8.

Dictada por los Jueces Titulares del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, don Patricio Acevedo Silva y don Rodrigo Gómez Marambio, y por la magistrada doña Carolina Lazen Maldonado, Juez Titular del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Fernando, subrogando legalmente.

Se deja constancia que la magistrada doña Carolina Lazen Maldonado no firma la presente sentencia, pese a haber concurrido al juicio y a las decisiones contenida en ella, por haber retomado funciones en su tribunal de origen.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua

Rancagua, cuatro de mayo de dos mil doce.

VISTOS:

Que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz por sentencia de veinte de marzo pasado, en lo que interesa al recurso, condenó al acusado Luis Eduardo Escanilla Gaete como autor de un delito consumado

de negociación incompatible, previsto y sancionado en el artículo 240 del Código Penal, cometido el 30 de agosto de 2006, en la comuna de Nancagua, a la pena de cincuenta días de prisión en su grado máximo, más la accesoria legal de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena. Además, según reza lo resolutivo, se le imponen las penas principales de dos años y un día de suspensión en su grado mínimo para cargos, empleos u oficios públicos y multa de \$12.105.

En contra de la sentencia la parte del acusado dedujo recurso de nulidad, solicitó invalidar el fallo y dictar sentencia de reemplazo, acogiendo las peticiones concretas que se han formulado para cada una de las causales invocadas, según corresponda.

Se realizó la audiencia de rigor y se escuchó alegato de los intervinientes.

CONSIDERANDO:

1.- Que el recurso invoca dos causales de nulidad, una como principal y la otra en subsidio, ambas fundadas en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo;

EN CUANTO A LA CAUSAL PRINCIPAL

2.- Que, en relación a dicha causal, el recurso acusa que el fallo infringió los artículos 19 al 24 del Código Civil; 220 y 240 del Código Penal; 3 y 10 de la Ley 18.883; y 2, 4 y 6 de la Ley 19.464, todo lo cual, según

señala, ha influido sustancialmente en lo dispositivo, ya que de haberse efectuado una correcta aplicación e interpretación de esas normas, las que se omiten en la sentencia, se habría concluido que el contrato de trabajo celebrado el 30 de agosto de 2006, entre el alcalde la Municipalidad de Nancagua y su socia María Corvalán Gallardo, es un acto por el cual se satisface un cargo funcionario vacante, de naturaleza paradocente, regulado por una ley específica, que dentro de los tipos penales que establece el Código, es un nombramiento y que en el caso de autos no es punible porque en el nombramiento vía contrato de trabajo de María Corvalán Gallardo, esta no estaba afectada a ninguna de las inhabilidades que establece la ley y cumplía con los requisitos legales, de manera que de haber sido aplicada correctamente la ley, se debió absolver al acusado de la acusación por el delito de negociación incompatible;

3.- Que, en lo esencial, el recurso sostiene que la sentencia incurre en la causal al aplicar erróneamente el artículo 240 del Código Penal al hecho materia de la acusación, infringiendo lo dispuesto en el artículo 220 del mismo cuerpo legal, mejor norma aplicable en la especie, todo en relación a las otras disposiciones citadas;

4.- Que, explicando lo anterior, el recurso alega que conforme a los hechos acreditados en el juicio, el contrato celebrado entre el acusado, en su calidad de alcalde, con su socia María Corvalán Gallardo, a virtud del cual ingresa a la Municipalidad

como paradocente del Liceo Juan Pablo II, es un acto administrativo de nombramiento y, la circunstancia de haberse realizado mediante un contrato de trabajo y no a través de un acto de nombramiento, es por imperativo legal, toda vez que los funcionarios paradocentes, como señala expresamente el inciso 2 del artículo 3 de la Ley 18.883 y los artículos 4 y 6 de la Ley 19.464, sólo pueden ser contratados conforme a las normas del Código del Trabajo, de manera que no debiera llamar la atención que haya sido contratada bajo ese estatuto legal, de manera que el fallo, según explica, incurre en una errada aplicación de la ley, en cuanto razona que, como el cargo que ésta desarrolla en el municipio fue precedido por un contrato de trabajo, es más correcto aplicar la figura del artículo 240 que la del artículo 220, desde que el primer tipo penal sanciona la contratación entre dos personas asociadas entre sí, en el cual el acusado en su calidad de alcalde, da interés a un tercero con el cual se encuentra asociado, en cambio en la otra figura, el interés que se da al tercero es por un acto administrativo de nombramiento y no por un contrato;

5.- Que, sin embargo, expresa el recurrente, es irrelevante para calificar si se está o no frente a un acto administrativo de nombramiento, atender a la forma jurídica utilizada para proveer el cargo, sea concurso público, contrata o mediante contrato de trabajo, porque en todos estos casos se está frente a un acto de nombramiento propio al ejercicio de la potestad administrativa que establecen las leyes y que rigen

el actuar del municipio, de manera que, si se aplican correctamente las normas que se dicen vulneradas, se debe concluir que tal acto administrativo es un nombramiento funcionario que se efectúa y se rige por las normas del Código del Trabajo, con los derechos establecidos en la Ley 19.464;

6.- Que, en cuanto a la otra razón que señala el fallo para estimar que los hechos de la acusación corresponden al tipo penal del artículo 240 del Código punitivo y no al 220, es el bien jurídico protegido, pero ocurre que en ambos tipos penales, según el recurrente, el bien jurídico tutelado es el mismo, esto es, la recta administración pública;

7.- Que, según el recurso, fluye de la sentencia la idea que la negociación incompatible que se reprocha al acusado es por la forma como designó a María Corvalán Gallardo para el citado cargo de paradocente, como recurrió a un contrato de trabajo, incurre en el delito de negociación incompatible, si la hubiera contratado bajo la modalidad de nombramiento a contrata, sería un nombramiento ilegal;

8.- Que, sin embargo, sostiene el reclamante, el estudio del tipo penal de los artículos 220 y 240 del Código Penal, excluye que el límite entre el nombramiento y la negociación incompatible, sea el estatuto jurídico de cómo la persona asume un cargo o función pública, más bien, la correcta interpretación de esos tipos penales, deja en claro que en la expresión contrato o cualquier operación, están excluidos los contratos o los actos

por los cuales se contrata y nombra a una persona para desarrollar una función pública;

9.- Que, el artículo 240 del Código Penal, en lo que interesa, castiga al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él, luego, es esa y no otra la conducta que se reprocha al acusado, de manera que razón tienen los jueces al dar por configurado el ilícito de negociación incompatible;

10.- Que, en efecto, el motivo noveno del fallo que se revisa, mismo que establece los hechos que han resultado acreditados, sostiene que tal descripción fáctica satisface todos los elementos típicos de la figura penal de que se trata, en cuanto permite verificar que el acusado, en su calidad de empleado público, esto es, alcalde de la Municipalidad de Nancagua, procedió a celebrar un contrato de trabajo con su socia María Corvalán Gallardo, por el que la contrataba en el cargo de parodocente en el Liceo Juan Pablo II de esa Comuna, bajo la remuneración mensual de \$242.092, aprobando dicho contrato mediante el respectivo decreto alcaldicio, de lo cual se sigue, según reza el fallo, que el alcalde acusado ha procedido, mediante el acto antes descrito, a dar interés a un tercero asociado con él, de manera que ningún reproche cabe a los jueces, menos el que pretende el recurso, al calificar jurídicamente esos hechos como constitutivos del delito de negociación incompatible;

11.- Que, el delito en cuestión, según el artículo 240 citado, tiene

dos modalidades de comisión: tomar o dar interés, ninguna implica la obtención efectiva de ventajas, tan sólo la de “interesarse” o “interesar”, es decir, la de darse a sí mismo o, como ocurre en la especie, dar a otro parte en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés;

12.- Que, entonces, lo trascendente del precepto es que la operación en la que se interviene o se da intervención a otro tenga carácter lucrativo, ya que sólo en ese evento surge el peligro que se pretende evitar, ya que en esta figura punible, si bien no se trata de un fraude actual, se procura prohibir el riesgo de fraude que al legislador le ha parecido ver implícito en la ejecución de negocios consigo mismo o con personas con las cuales el autor está unido por un vínculo conyugal, parental o societario. El carácter económico del interés se desprende, básicamente, de la ubicación sistemática de la norma dentro de los fraudes y de la determinación de la pena de multa en relación porcentual con el interés que el funcionario hubiere tomado en el negocio. (Luis Rodríguez Collao, Delitos contra la función Pública);

13.- Que, en la modalidad de “dar interés”, éste no es personal para el empleado público, sino para su cónyuge, alguno de los parientes, o las demás personas que señala el artículo, como el asociado con él, ya que se considera igualmente grave mezclar el interés propio con el público, que mezclar el de éstas personas tan estrechamente vinculadas al funcionario;

14.- Que, conforme la opinión dominante, el delito se consume con la sola ejecución de las conductas descritas en los diferentes incisos del precepto, sin que se requiera la verificación de un resultado o perjuicio para el patrimonio fiscal, y ni siquiera que deba acreditarse el que dicho patrimonio ha corrido realmente un riesgo concreto de ser afectado, puesto que éste se supone ínsito ya en la realización de los comportamientos prohibidos;

15.- Que, por otra parte, tal como escribe ese autor, la norma se refiere, en términos genéricos, a cualquier contrato u operación, términos que han sido considerados sinónimos, entendiendo la jurisprudencia que se trata de “actos capaces de producir compromisos” o fuente de obligaciones, lo que así ocurre con el contrato de trabajo. Estas expresiones han de restringirse, como se dijo, a actividades con carácter económico, que puedan originar alguna ventaja de este tipo para el funcionario o las demás personas que menciona el artículo, en éste caso, las remuneraciones derivadas del contrato;

16.- Que, traídas esas reflexiones al caso presente, si bien es efectivo, como señala el recurrente, que la contratación del personal paradocente se rige por las normas del Código del Trabajo, también es efectivo que el artículo 240 del Código Penal castiga al empleado público que en el negocio u operación en que deba intervenir por razón de su cargo diere interés a terceros asociados con él, luego, no resulta irrelevante, como pretende el recurso, la calidad del tercero con quien se realiza

el negocio u operación, desde luego, si no existiere el vínculo societario, nada cabría reprochar al funcionario, pero como existe y se reconoce, no resulta indiferente la contratación con su socia, puesto que al hacerlo incurre en los comportamientos que prohíbe la norma, de manera que razón asiste a los jueces del grado al preferir ese tipo penal en desmedro del que postula el recurrente, desde que mejor se aviene con los hechos establecidos en el juicio y con el bien jurídico tutelado, constituido por la función administrativa, cuyo correcto desempeño exige que se respeten los principios de objetividad, imparcialidad y honestidad en las relaciones con los particulares, de manera que los sentenciadores, al decidir como lo hicieron, han hecho una correcta aplicación e interpretación del derecho, con lo cual la presente arista del recurso no puede prosperar;

EN CUANTO A LA CAUSAL SUBSIDIARIA

17.- Que, en lo que toca a la otra causal, deducida en subsidio, se denuncia que el fallo infringió el inciso 1 del artículo 18 del Código Penal;

18.- Que, según el recurso, se incurre en la causal al dejar de aplicar la norma penal vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos materia de la acusación, infringiendo la norma antes citada, en cuanto a que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración;

19.- Que, explicando lo anterior, sostiene que de acuerdo al artículo 240 del Código Penal, en su redac-

ción vigente a la época de celebrarse el contrato que sería constitutivo del tipo penal, la negociación incompatible se sancionaba, en lo que interesa, con la pena de inhabilitación especial perpetua para el cargo, sin embargo, la ley 20.341, publicada el 22 de abril de 2009, cambia esa pena por la de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo;

20.- Que, según el recurrente, la pena de inhabilitación especial perpetua que regía a la época de celebrarse el contrato de trabajo sustento del tipo penal de la negociación incompatible, era solo para un cargo, lo que sin duda es menos gravosa que la introducida después de cometido el delito, en cuanto la inhabilitación es para el ejercicio de cualquier cargo, empleo u oficio público. Añade que debió aplicarse la vigente a la fecha de comisión del delito y no la posterior, ya que la primera, aunque en una extensión temporal mayor lo priva de ejercer un solo cargo público, como es el de alcalde y en la segunda se le priva de ejercer cualquier otro cargo, empleo u oficio público;

21.- Que el fallo, reprocha el recurrente, respecto a la modificación de la pena de la inhabilitación especial a la absoluta no hace ninguna mención y tampoco da fundamentos del porque aplica una pena y no la otra. Añade que siendo la pena de inhabilitación especial perpetua, una pena indivisible, habiendo 2 atenuantes, la general del N° 6 del artículo 11 y la especial del artículo 103, ambos del Código Penal, la pena aplicable debe ser la de inhabilitación especial tempo-

ral en su grado mínimo de 3 años 1 día para ejercer el cargo de alcalde;

22.- Que, en cuanto a la influencia en lo dispositivo, señala que si la sentencia hubiera efectuado una correcta aplicación e interpretación de las normas descritas, debió aplicar la pena menos gravosa y esta era y es la vigente a la fecha de la comisión del delito, consistente en la pena de inhabilitación especial perpetua para el cargo de alcalde, la que luego de aplicadas las atenuantes reconocidas, debe aplicarse en 5 años y 1 día, luego, con esta causal, bajo el título de petición concreta, solicita la dictación de sentencia de reemplazo, aplicando la pena de inhabilitación especial temporal por el lapso de tres años y 1 día para el cargo de alcalde, o la que se estime pertinente;

23.- Que, sin perjuicio de la contradicción respecto a la extensión del castigo que se solicita en reemplazo, lo que sería bastante para desestimar el recurso, queda en evidencia que el fundamento, en cuanto a que una pena resulta más gravosa que la otra, se sustenta únicamente en la amplitud cargos que resultan afectados con la sanción, pretiriendo todo lo relativo a la extensión temporal de los castigos;

24.- Que, en efecto, la pena de que se trata tiene un tratamiento distinto en el tiempo, antes de la modificación se afectaba un solo cargo, ahora se afecta cualquier cargo, empleo u oficio público, sin embargo, conforme al inciso 2 del artículo 18 del Código Penal, si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, cuyo es

el caso, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento;

25.- Que la expresión “rigorosa” que emplea la ley, debe entenderse en relación a la gravedad de la pena y, según el artículo 3 del Código Penal, los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas y se califican de tales según la pena que les está asignada en la escala general del artículo 21 y, revisada esa escala, resulta que una y otra pena, en abstracto por cierto, corresponden a penas de crímenes y, desde luego, la inhabilitación especial perpetua, según ese compendio, es más gravosa que la de inhabilitación absoluta temporal, luego, como primera cuestión, el análisis en abstracto de una y otra pena no le otorga razón al recurrente;

26.- Que, ahora bien, efectuado el análisis en concreto de esas penas, esto es, una vez efectuadas las rebajas correspondientes a la atenuante genérica y la especial que se reconocen al acusado, resulta que la inhabilitación temporal que pretende el recurrente, conforme la escala del artículo 21 citado, sigue siendo una pena de crimen, en cambio, la que impone el fallo que se revisa, es de simple delito, luego, tampoco tiene razón el recurrente, sobre todo si la extensión temporal del castigo que aplica el fallo resulta notoriamente inferior al que propugna el recurso, de manera que los jueces del grado, al ajustar el castigo a la nueva normativa, aún cuando no lo dicen, han hecho una correcta aplicación

del derecho, respetando a cabalidad el precepto que se dice vulnerado, puesto que han sometido el juzgamiento a esos dictados;

27.- Que, por último, la pretensión del recurrente, como se advierte, responde exclusivamente a sus particulares intereses, lo que resulta ajeno a la generalidad de la norma, de manera que tampoco será oído en lo que atañe a esta causal subsidiaria; y,

28.- Que, en tal escenario, el recurso no puede prosperar y, por tanto, deberá ser desestimado.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en los artículos 373 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad deducido por la defensa de Luis Eduardo Escanilla Gaete, contra la sentencia de veinte de marzo pasado, la que en consecuencia, es válida.

Regístrese y comuníquese.

Redacción del Ministro señor Pairicán.

Rol 120-2012.-

Pronunciada por la Primera Sala de esta Corte de Apelaciones, integrada por los Ministros señores don Raúl Mera Muñoz, don Fernando Carreño Ortega y don Ricardo Pairicán García.

No firma don Raúl Mera Muñoz, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa por no encontrarse integrando el día de hoy.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

BREVE RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE EMANADA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA LEY 20.000 QUE SANCIONA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS

Nicolás Arrieta Concha¹

Introducción

El presente trabajo resume y analiza sucintamente la jurisprudencia pronunciada por la sala penal de la Excelentísima Corte Suprema, en materia de Ley 20.000. Para tal efecto, se ha considerado como objeto de estudio del mismo, exclusivamente los recursos de nulidad conocidos por este Tribunal en el período comprendido entre el año 2011 y el mes de julio del 2012, siendo seleccionadas las sentencias por materias. Así, se incluyen en esta revisión:

1. Las actuaciones autónomas de las policías, comprendiendo en ellas, la detención en situación de flagrancia y el control de identidad;
2. Técnicas especiales de investigación, específicamente, el agente revelador y la interceptación telefónica;
3. Circunstancias modificatorias especiales, esto es, la cooperación eficaz y la calificante del artículo 19 letra a);
4. Protocolo de análisis de droga y prueba de campo, y
5. Cambio de calificación jurídica de microtráfico a consumo.

La jurisprudencia aquí expuesta, que para algunos resultará innovadora, en tanto para otros discutible, en buena medida responde al cambio de integración experimentado en el último tiempo por la sala penal de nuestro máximo tribunal².

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

2 Durante el primer semestre del presente año se alejaron de la sala penal los ministros Sres. Rubén Ballesteros, Nivaldo Segura y Jaime Rodríguez, siendo reemplazados los dos primeros por los Ministros Sres. Milton Juica y Haroldo Brito.

1. Actuaciones autónomas de las policías

1.1. Detención en situación de flagrancia

Una de las materias más debatidas en el período analizado, lo constituye el control de las facultades autónomas de las policías. En materia de la Ley 20.000, la Corte Suprema ha sido enfática al considerar que cualquier actuación que exceda del estatuto que la ley entrega a éstas en la Constitución y el Código Procesal Penal, constituye una infracción substancial de garantías susceptible de ser enmendada por la vía del recurso de nulidad.

Así, en **Rol de Ingreso N° 1258-2012**, deducido por las defensas de los imputados, la sala penal en fallo redactado por su Presidente, don Milton Juica, considera que el inciso final del artículo 129 del Código Procesal Penal faculta a la policía para practicar la detención del imputado, mas no para realizar un registro del domicilio en que se materializa dicha detención.

Los sentenciadores sobre este punto razonan:

“SEXTO: *Que es efectivo que producida la agresión del acusado F. en contra de los funcionarios policiales por la cual resultó sancionado el primero por infracción al D.L. 2460, ilícito que no ha sido impugnado por la vía del recurso, el legislador faculta a la policía en el artículo 129 inciso final del Código Procesal para la persecución del agresor incluso hasta el interior de un lugar cerrado, pero esa norma es precisa en advertir que tal autorización se concede “para el solo efecto de practicar la respectiva detención”.*

En lo que respecta a la droga encontrada en el domicilio de este imputado, con ocasión del registro practicado al momento de su detención, rechaza considerar este hallazgo como un delito flagrante. Al respecto, apunta la sentencia:

“SÉPTIMO: *Que, en consecuencia, cuando se procede a un registro no autorizado por la ley, la evidencia que se incauta constituye prueba ilícita, misma calidad que tiene, producto de la contaminación, toda la prueba que de ella deriva, esto es, no sólo la droga encontrada supuestamente debajo de la cama matrimonial del acusado F., sino que también las declaraciones de los funcionarios policiales sobre esa circunstancia, las fotografías, los peritajes químicos o de prueba de campo y demás documentos y testimonios que hayan derivado de ese primitivo hallazgo”.*

En el mismo orden, el fallo en comento reprocha de manera severa a la policía la filmación por parte de una productora de televisión, sin previo conocimiento ni intervención del Ministerio Público, lo que desde ya permite concluir la postura crítica de la sala hacia este tipo de prácticas. Sobre ello, señala:

“NOVENO: *“Que sin perjuicio del escaso mérito que la prueba rendida tiene para formar la convicción que se pretende en relación a las circunstancias de la causal esgrimida y no obstante lo que se dice más adelante sobre ella, estos sentenciadores no*

logran comprender cuál puede ser el motivo, ni advierten cuál sea la autorización legal para la presencia del camarógrafo de una productora que trabaja con Chilevisión –según se lee de los antecedentes– en un operativo policial en una población”.

“Resulta francamente incomprensible que existiendo una denuncia anónima sobre la entrega de una importante cantidad de droga, los funcionarios de la Policía tuvieran el tiempo y la disposición para informar de ello a la Productora involucrada y no así al fiscal del Ministerio Público y que se haya optado por proceder a la filmación de una diligencia propia de una investigación criminal que ni siquiera se había formalizado para entonces, donde se procede a exhibir a las personas que se detiene y quienes gozan aún de la presunción de inocencia. Según se lee de la sentencia, los jueces del tribunal oral advirtieron de esa grabación incluso cómo vestían los detenidos al momento en que fueron sacados desde el interior de sus domicilios”.

“Este tipo de filmación constituye, en opinión de estos jueces, un elemento perturbador al tiempo de apreciar el proceder regular de las Policías y extiende un manto de sospechas sobre su diligencia y rectitud, desde que constituye un elemento de presión para concluir el operativo de que se trata con un balance positivo, puesto que implica la exhibición al público del actuar policial y de los resultados que obtienen en el ejercicio de sus labores propias, anticipándose a los resultados, al convocar a un camarógrafo que viene a filmar antes de saber qué será lo que obtendrán en la diligencia que van a cumplir”.

1.2. Control de identidad

Respecto de esta facultad, nuestra Corte Suprema ha señalado que *“sólo tiene por finalidad lograr o establecer con certeza la individualización de un sujeto determinado, a fin de obtener posteriormente y con arreglo a derecho y por lo que éste pueda proporcionar, antecedentes o medios probatorios ya para la indagación de presuntos, pero específicos hechos punibles, ya sobre la individualidad de las personas que pudieron o se aprestaren a cometerlos, constituyendo una verdadera medida de seguridad o resguardo, de antecedentes, pruebas o información, que llega a su fin al establecer la correspondiente identidad del sujeto, siendo concluyente que el legislador sólo lo permite bajo ciertos aspectos y circunstancias”³.*

En el mismo sentido, el fallo recaído en **ingreso N° 2708-2012**, precisa que *“si la imputada se encontraba ya identificada por los funcionarios de la policía, al punto de haberse montado una vigilancia a su respecto, no se necesitaba la intervención que regula el artículo 85 del Código Procesal Penal para establecer su individualización”.*

No obstante lo anterior, el mismo fallo valida el procedimiento policial y la detención de la imputada, recurriendo para ello a la *teoría de la fuente independiente*, al mantener ésta una orden de aprehensión vigente, circunstancia que en concepto del tribunal facultaba por sí misma a la policía para proceder a

3 Rol N° 6305-2010, considerando 8°.

su detención, conforme a lo dispuesto en el artículo 129 del Código Procesal Penal.

En otro orden, el artículo 85 señala que los funcionarios policiales deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según *las circunstancias* existan los indicios que precisa la norma.

Sobre esta expresión y su alcance, la sentencia Rol de Ingreso N° 2813-2012, redactada por el ministro suplente don Carlos Cerda, refiere lo siguiente:

“La Corte observa –apegándose a lo que viene fácticamente establecido– que a uno de los cuerpos a los que la Constitución Política de la República encomienda la labor policial y de seguridad interior, le es noticiado que en determinado sitio se vende droga; que ello está siendo efectuado por un individuo de determinadas características físicas; que ése se acompaña de una dama; que, haciéndose presente en el lugar, miembros de ese órgano divisan a personas que aparentan ser y hacer lo que ya conocen; y que, al acercárseles, la mujer arroja un pequeño bulto que lleva consigo.

*Entonces, esta Corte entiende que los agentes se han visto realmente rodeados de esa **circunstancialidad** a que precisamente apunta el artículo 85 inciso primero, en la que la significación de cada uno de tales gestos se alza como indicio bastante para legitimar el control de identidad”.*

2. Técnicas especiales de investigación

2.1. Agente revelador

La sala penal, en fallo recaído en **Rol de Ingreso N° 2958-2012**, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta técnica de investigación, al acoger un recurso deducido por la Defensoría Penal Pública, considerando como una grave infracción al debido proceso el que no exista constancia de la autorización de dicho agente en la carpeta investigativa del fiscal. Sobre lo mismo, precisa:

“SÉPTIMO: *Que, sin embargo, en este procedimiento no está demostrada la existencia de la autorización previa del Sr. Fiscal para que los funcionarios de Carabineros de la sección OS-7 de Puerto Montt hicieran uso de la técnica del agente revelador respecto del imputado B.F.N.M., como tampoco en su domicilio, lo que era absolutamente indispensable no sólo porque lo exige la norma del artículo 25 de la Ley 20.000, sino porque se trata de una técnica de investigación tan violenta que ha sido preciso disponer una exención de responsabilidad para quien la usa, desde que doctrinariamente se ha entendido que se ajusta a una forma de instigación delictiva.*

Existe reconocimiento expreso inmediato de las autoridades involucradas en el sentido que se hizo uso de la técnica que señala el artículo 25 de la ley 20.000, sin que

resulten plausibles las explicaciones postreras de que ello no fue así y que habría sido otra la situación verificada en la especie.

En este escenario, los agentes policiales ejecutaron una instigación delictiva, excluida por la ley, con el solo objeto de obtener un motivo para solicitar a la autoridad competente una orden legítima de allanamiento y registro, pero ocurre que por haberse engañado a esa autoridad, manifestándole un hecho inefectivo, se obtuvo una orden que no ha podido legitimar un procedimiento que nació viciado y que, por ende prosiguió con el mismo vicio hasta su culminación”.

2.2. Interceptaciones telefónicas

En el período que abarca nuestro estudio, la Corte Suprema ha tenido ocasión de referirse al tema de las interceptaciones telefónicas con motivo de dos recursos de nulidad intentados por la defensa. Para restringir los efectos de una supuesta vulneración de garantías, la sala penal ha recurrido a dos conceptos diferentes: por una parte, el de ausencia de relación causal entre la prueba original y la derivada y por otra, al principio de trascendencia.

En el primero de los fallos analizados, **Rol N° 3016-2011** de fecha 29 de junio de ese año, en lo que nos interesa, se esgrimió por la Defensoría Penal Pública la afectación del debido proceso y de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas al practicarse interceptaciones telefónicas sin autorización judicial entre los días 6 y 15 de julio del año 2005.

En efecto, hace notar el recurso que la autorización para la intervención se obtuvo recién el quince de julio de ese año, y se siguió con ellas hasta agosto, pero que todo lo obtenido antes por la policía no fue consentido, encubriéndose estas interceptaciones ilegales bajo el manto de “diversas técnicas investigativas”.

La Corte, si bien reconoce que hubo una interceptación ilegal en contravención al artículo 222 del código del ramo, desestima el recurso teniendo para ello presente que no existió una conexión jurídica entre la prueba originalmente ilícita y lo resuelto en el juicio. Para ello tiene presente,

- a) que la mencionada anomalía carece de la entidad para invalidar el juicio oral, ya que esas llamadas no tienen trascendencia en el desenlace del juicio;
- b) que la defensa no alegó oportunamente el vicio, ya que si bien reclamó su exclusión en la audiencia de Preparación de Juicio Oral, nada dijo durante el juicio oral;
- c) A mayor abundamiento, durante el juicio oral la recurrente confesó y reconoció con lujo de detalles su actuar, al punto que se concedió en su favor la minorante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, reservando estas argu-

mentaciones para el recurso de nulidad, con lo cual se reafirma que ninguna de las interceptaciones, legales ni ilegales, tenían relevancia alguna ya que el hecho y la participación de la imputada se probó por otros medios.

Un razonamiento similar encontramos en la sentencia **Rol N° 3912-2011**, que de manera explícita alude a la ausencia de *relación causal* entre la prueba ilícita, esto es, la supuesta interceptación ilegal y la derivada.

En lo pertinente, señala el fallo:

“Que, conforme con lo señalado, no puede estimarse, en el caso sublite, que existe una necesaria relación causal entre la llamada de 4 de agosto de 2010, que como ya se dijo no fue incorporada como medio de prueba, y el hallazgo posterior de la droga, tanto en el interior del domicilio del imputado, que motivó su detención, como en el cementerio, al día siguiente, pues tal como se indica en la sentencia en análisis, al reseñar la prueba de cargo, ello es fruto de la labor de investigación iniciada por la Brigada Antinarcóticos de Punta Arenas y seguida por la Brigada de Investigación Criminal de Puerto Natales, en la que se facultó la interceptación, y los datos proporcionados por la persona que al salir del domicilio portaba cannabis sativa, la cual reconoció que la había adquirido de Millape⁴”.

En lo que respecta al principio de trascendencia, el fallo sostiene que:

“Tal exigencia no concurre en este caso, pues aún en el evento que se aceptara la posición de la defensa y se considerara que la llamada interceptada se encontraba fuera del lapso autorizado judicialmente, ello no sería esencial pues, tal como se señaló precedentemente, no fue incluida como medio de prueba. Además, para concluir la existencia del delito y la participación que cabe al imputado, dicho antecedente, referido únicamente en uno de los testimonios vertidos en la audiencia, y por ende valorado dentro de ese medio probatorio, es solo una más de las varias otras pruebas incriminatorias reseñadas en la sentencia, entre las que se destacan los testimonios policiales que refieren el procedimiento adoptado con ocasión del control de identidad efectuado a la persona que salió del domicilio de M.C. portando droga, el 4 de agosto de 2010, como se razona en el dictamen”.

3. Circunstancias modificatorias especiales

3.1. Cooperación eficaz

La Ley 20.000 regula esta circunstancia atenuante en el artículo 22, entendiéndose por tal, “el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que conduzcan al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley”.

4 Considerando noveno del fallo.

Con ocasión de esta atenuante, el fallo **Rol N° 7922-2011** de 9 de noviembre de 2011 se hizo cargo de una reclamación al estimar conculcada la garantía constitucional del debido proceso, pues, a juicio de la defensa, la investigación que concluyó con la condena del recurrente, tuvo su origen en la declaración de un cooperador eficaz que no estaba registrado en la carpeta investigativa y que además, actuó en calidad de informante encubierto al coordinar sin autorización del fiscal la adquisición de la droga, lo que devino en que la prueba obtenida fuera ilícita.

Al respecto, la sentencia rechaza dicho planteamiento fundado en que examinados los hechos, se estimó que no existió una venta vigilada, ni tampoco el cooperador tuvo el carácter de informante, ni menos el de agente revelador, por lo que no era necesaria la autorización del Ministerio Público; y a mayor abundamiento, porque la compra nunca se concretó, la llamada no fue registrada y finalmente se ingresó al domicilio en otra fecha y en virtud de una orden judicial, por lo que en el caso en comento, lisa y llanamente sólo estábamos en presencia de una cooperación eficaz.

3.2. Agravante del artículo 19 letra a)

En **Rol de Ingreso N° 2406-2012** se hizo lugar a los recursos de nulidad interpuestos por las defensas de tres acusados por el delito de tráfico del artículo 3° de la Ley 20.000, en lo que respecta a la circunstancia agravante del artículo 19 letra a) del mismo cuerpo legal, esto es, en haber formado parte los imputados de una “*agrupación o reunión de delincuentes*”.

Sobre el particular la Corte razona que “*la agrupación constituye un peldaño más complejo en la participación delictiva que la simple coparticipación, tal como lo evidenció el representante del Ministerio Público en estrados, siendo relevante discriminar, tal como ya se ha hecho con la asociación del artículo 16 de la Ley 20.000, la diferencia existente entre la agrupación que penaliza el artículo 19 letra a) de esa ley como agravante y la simple coparticipación en un delito*”.

“En la especie, sólo se determinó la concurrencia de un sujeto, que claramente –de acuerdo a la descripción del presupuesto fáctico contenido en el motivo décimo de la sentencia que se revisa– tenía una visión omnicomprensiva de la empresa íntegra quien era D.M., pero no se advierte en la concurrencia de estos otros individuos, los acusados F. y M., que tuvieran entre ellos ni con aquél un ánimo o intención siquiera de pertenencia a esta supuesta agrupación destinada a cometer tráfico de estupefacientes, sino que más bien aparece como una voluntad nacida de modo ocasional y espontáneo para acometer un hecho específico, sin que se adviertan caracteres que hagan suponer que existía entre estos dos imputados alguna convicción de formar parte o de estar participando en conjunto en una empresa que hayan formado o convocado para ese fin.”

Por el contrario y de la sola lectura del hecho que se ha tenido por demostrado, suprimidas las referencias generales y vagas que no conforman una imputación precisa a sujeto determinado, ocurre que a F. y M. sólo puede atribuirse una intervención ocasional y sólo cuando eran convocados por M., único sujeto que aparece realmente con el dominio íntegro de una empresa dedicada al tráfico de sustancias estupefacientes pero donde el resto de los individuos no logran evidenciar –en el hecho probado– la voluntad común de pertenencia a un grupo organizado, suficiente como para calificar la causal agravante de que se trata”.

4. Protocolo de análisis de droga y prueba de campo

En virtud de sentencia pronunciada con fecha 25 de julio del presente año en **Rol N° 4215-2012**, la Corte Suprema acogió un recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, al no estar determinado el porcentaje de pureza de la droga, en este caso cocaína base.

Sostiene el fallo que en el caso en concreto, si bien se agregó el protocolo, éste no indicó el grado de pureza o concentración de la droga determinando sólo su presencia, lo que en concepto de la Corte impide establecer si ésta tiene o no la idoneidad o aptitud para provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

Sobre el particular, el fallo de reemplazo señala que el hecho de que en el protocolo de análisis de droga no se haya determinado la pureza de la misma, no satisface las exigencias del tipo penal del Art. 4° de la Ley 20.000, puesto que debe tratarse de una sustancia capaz de producir alguno de los efectos que indica la norma, lo que a juicio de los sentenciadores no se logró determinar por falta de objeto material.

Al respecto, razona el tribunal en los acápites décimo cuarto y quinto:

“DÉCIMO CUARTO: ... *Para determinar si se trata de sustancias que produzcan graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, el legislador estableció en el artículo 43 de la Ley 20.000, la obligación de elaborar un protocolo de análisis químico de la sustancia suministrada, en el que debe identificarse el producto, su peso o cantidad, naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como asimismo, un informe sobre los componentes tóxicos y sicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública”.*

“En el caso concreto, si bien se agregó el referido informe, aquél no identificó la pureza o concentración de la droga porque la sustancia incautada no amplificó pureza, tal como se lee de la sentencia y se escuchó de la sección de audio reproducida a requerimiento de la defensa como prueba de las circunstancias de esta causal. Asimismo, es un hecho de la causa que la sustancia traficada tenía cocaína en estado de base, sin que se determinara su concentración sino solo su presencia, pero además,

había carbonatos que corresponden a una sustancia inorgánica en sus componentes o dañinidad, que comúnmente se utiliza para aumentar la droga. También es un hecho que el perito al explicar los efectos de la droga no lo hizo en relación a la sustancia concreta incautada en el proceso, sino que a los efectos generales de la cocaína en el organismo, en circunstancias que lo traficado en el proceso sería pasta base de cocaína”.

“DÉCIMO QUINTO: *Que la sola determinación de encontrarse presente cocaína base en una sustancia que también está integrada por carbonatos –que corresponden a una sustancia inocua– sin que haya sido posible establecer los porcentajes o concentración de cada uno de ellos en el total de la mezcla incautada, impide establecer si ésta tiene o no la idoneidad o aptitud como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública, y en consecuencia, los hechos que se han tenido por comprobados en el proceso no pueden ser tipificados de tráfico de sustancias estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica de aquellas que describe el artículo 1° inciso 1° de la Ley N° 20.000”.*

Finalmente, en lo que respecta a la prueba de campo practicada por la policía a la droga incautada, frente al cuestionamiento de la defensa de que esta diligencia requiere autorización previa del fiscal, la sentencia correspondiente al ya citado **Rol de Ingreso 9171-2011**, valida este procedimiento al considerar que la misma constituye una de las hipótesis previstas en el artículo 83 letra c) del Código Procesal Penal, esto es, una facultad autónoma de la policía, como es el resguardo del sitio del suceso.

5. Cambio de calificación jurídica de microtráfico a consumo

Para que el porte o posesión de una pequeña cantidad de droga se encuadre en el artículo 4° de la Ley 20.000, se requiere que exista prueba indiciaria que evidencie la intención de traficar con las mismas sustancias. En caso contrario, estaremos en presencia de la falta del artículo 50 del mismo texto.

Este criterio es el sustentado por la Corte en el ya citado fallo **Rol N° 2813-2012**, por la vía de anular sentencia recurrida por la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, el que se encuentra contenido en el considerando décimo quinto del mismo:

“15°.- Que como puede apreciarse, la resolución en alzada prescindió de un aspecto de la esencia del tipo penal, como lo es el descarte de que el porte y posesión de tan exigua muestra de cannabis activa y de clorhidrato de cocaína y pasta base, atendido su contexto circunstancial, hayan sido indiciarios del propósito de traficar, que es, como se dijo, el leit motiv de la ley 20.000 con miras al resguardo de la salud pública.

De esta manera, se ha infringido dicho artículo 4, por habérselo aplicado a los hechos del fallo ya reseñados, sin estricta sujeción a su contenido sustantivo, lo que conduce a la Corte a acceder al resorte invalidatorio en estudio”.

6. Conclusiones

Como ya fuera advertido en otra oportunidad⁵, los cambios producidos durante el presente año en la composición de la sala penal de la Corte Suprema han influido de manera significativa en la jurisprudencia emanada de este Tribunal.

De los fallos analizados, se advierte con claridad la tendencia del máximo Tribunal a examinar con una mirada crítica las actuaciones autónomas de la policía, evaluando en cada caso su conformidad con las normas constitucionales y procesales que validan su intervención. Así queda evidenciado en el **Rol de Ingreso 1258-2012**, en el que el procedimiento policial llevado a efecto al margen de la fiscalía fue duramente cuestionado por los sentenciadores.

De otro lado, en materia de técnicas de investigación como el agente revelador y encubierto, en virtud del pronunciamiento emitido en el fallo **Rol 2958-2012**, cabe concluir que es fundamental que dicha tarea se lleve a cabo con el conocimiento y aprobación del respectivo fiscal, como asimismo que dicha autorización conste en la carpeta investigativa, ello a fin de evitar eventuales cuestionamientos por parte de la defensa.

Finalmente, en lo que dice relación con el protocolo de análisis de droga y su análisis de pureza, al tenor de lo resuelto en el **fallo Rol N° 4215** es necesario recordar que en virtud de Oficio N° 719 de fecha 28 de mayo del año 2009, el Instituto de Salud Pública de Chile informó al señor Fiscal Nacional que a partir de esa fecha dicho servicio realizaría análisis cualitativo y cuantitativo que incluye pureza, sólo a aquellas muestras provenientes de decomisos cuyo peso sea igual o superior a diez gramos. En consecuencia, al día de hoy el Instituto de Salud Pública no realiza análisis de pureza respecto de aquellos decomisos cuyo peso sea inferior a dicha cantidad.

5 Informe cuatrimestral sobre la evolución jurisprudencial (enero 2012 - abril 2012), Unidad de Recursos Procesales y Jurisprudencia.

COOPERACIÓN EFICAZ: MEDIOS VERSUS FINES. COMENTARIOS A VOTO DE MINORÍA EN FALLO DE LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TALCA

Ángel Ávila Calderón¹

1. Planteamiento

El reconocimiento de la cooperación eficaz por parte del Ministerio Público constituye, en no pocas ocasiones, la única expectativa por la que –en el curso de las investigaciones asociadas a la Ley N° 20.000– se despliegan por imputados y defensas abundantes esfuerzos en aras de lograr su aceptación. La eficacia de los datos aportados por los imputados en gran parte de los juicios orales vinculados al tráfico de drogas es, asimismo, prácticamente la única alegación de las defensas en estrados. La razón es que, quienes se dedican al negocio de las drogas (particularmente quienes registran condenas asociadas a este ilícito), saben que la única posibilidad de acceder a beneficios en el cumplimiento de sus penas corporales es, precisamente, “cooperando eficazmente” (art. 62 Ley N° 20.000). De ahí entonces deviene la particular rigurosidad con la que los fiscales adjuntos debemos analizar si, en el caso concreto, es o no posible verificar el cabal cumplimiento de los requisitos que el artículo 22 de la citada ley establece, teniendo como premisa básica que, más allá de la precisión, veracidad y posibilidad de comprobación de la información aportada, ésta debe contribuir efectivamente a lograr alguno de los fines que la propia norma en forma taxativa señala, según se trate de una cooperación intra o extra proceso.

En el contexto señalado, a partir de un reciente fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca (particularmente del voto de minoría contenido en el mismo), pretendemos dar cuenta del desconocimiento existente acerca de la naturaleza y fines de la cooperación eficaz; como asimismo generar un llamado de atención en orden a velar por su adecuado reconocimiento.

2. Antecedentes

a) Fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca (TJOP)

El 21 de agosto de 2012, en causa RIT N° 83-2012, el TJOP de Talca condenó al acusado Juan Antonio Salinas Aravena como autor del delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga del artículo 4° de la Ley N° 20.000, a sufrir una pena de ochocientos días de presidio menor en su grado medio,

¹ Fiscal adjunto de la Fiscalía Local de Talca, Fiscalía Regional VII Región del Maule, Ministerio Público.

más multa y accesorias legales, sin beneficios de la Ley N° 18.216, atendida su reincidencia, en razón de los siguientes hechos:

“CUARTO: El 18 de junio de 2010, alrededor del medio día, un agente revelador, concurrió hasta el domicilio del acusado JUAN ANTONIO SALINAS ARAVENA, ubicado en calle XXX, de esta ciudad, donde el acusado vendió al funcionario policial un envoltorio de papel cuaderno contenedor de cocaína, cuyo peso neto fue de 0,36 gramos, en la suma de \$2.000. Ese mismo día, aproximadamente a las 17:15 horas, funcionarios del OS7 de Carabineros, con la correspondiente orden judicial, ingresaron al domicilio señalado, lugar donde el acusado mantenía guardado un total de 54 envoltorios de similares características al antes referido; cuyo peso neto fue de 17,03 gramos de pasta base de cocaína; más la suma de \$679.000, en dinero efectivo”.

En relación a la falta de concurrencia de la atenuante especial de cooperación eficaz alegada por la defensa del acusado Salinas Aravena –jamás reconocida y expresamente controvertida por la fiscalía– el fallo expresa:

“OCTAVO: Que, por el contrario, no concurre a favor del acusado, la circunstancia atenuante de cooperación eficaz, establecida en el artículo 22 de la Ley 20.000, esgrimida por su defensa; que en el presente caso, ha de entenderse referida a suministrar datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad, contemplados en esta Ley; lo que doctrinariamente se conoce cooperación extra proceso. Para resolver en tal sentido, se ha tenido en consideración que con la prueba rendida en la audiencia, especialmente los dichos del funcionario policial Fuentealba Ibáñez, tanto en estrados, como en su Informe N° 113, incorporado por la defensa, con el que puso en conocimiento de la Fiscalía el resultado de las diligencias que le fueran encomendadas, *ha resultado acreditado que los datos entregados por el acusado Salinas Aravena, específicamente los números telefónicos, reúnen los requisitos que exige la norma y que se han detallado precedentemente*; ya que como lo reconoce la propia policía, a través de ellos se logró obtener importante información sobre la venta, adquisición, distribución e ingreso de drogas a los Centros Penitenciarios de Talca y Cauquenes; lográndose establecer el delito de tráfico ilícito de drogas e incautación de una importante cantidad de droga, como asimismo, la detención de una gran cantidad de imputados que se encontraban asociados para realizar el ilícito; lo cual aparece corroborado en la copia del acta de audiencia del Juzgado de Garantía de Talca, en la que se formalizaron a varias personas, por los delitos de tráfico ilícito de drogas, con la agravante de formar parte de la agrupación que señala el artículo 19 A de la Ley 20.000, ocurridos entre el mes de abril y septiembre de 2011; y se da cuenta que se incautó la cantidad de 655 gramos de marihuana prensada y 60 gramos de clorhidrato de cocaína. Ahora bien, corresponde dilucidar si los datos entregados por el acusado y que resultaron, como ya se dijo, precisos, verídicos y comprobables, contribuyeron necesariamente a los fines señalados en la ley, es decir, “prevenir o impedir la

perpetración o consumación de otros delitos”; lo que, en concepto de estos jueces, no se cumple, puesto que *la actitud asumida por el acusado, luego de entregar los datos relativos a los teléfonos, participando activamente de las comunicaciones telefónicas, tendientes a favorecer el ingreso de drogas al establecimiento penal o la adquisición de la misma; está muy lejos de la finalidad antes aludida, pues no se condice ni con el prevenir ni con impedir la perpetración de un delito; muy por el contrario, facilita tales fines*; no siendo atendible su justificación, en el sentido que su pretensión era que los policías escucharan las conversaciones y tuvieran más antecedentes respecto a las actividades de tráfico que se realizaban dentro y fuera de la cárcel; puesto que nadie lo autorizó para que se desempeñara como un agente revelador o para que se inmiscuyera en esa agrupación de personas o realizara transacciones de drogas; y él estaba en condiciones de saber con claridad que para cualquiera de tales actuaciones, necesitaba ser autorizado por el personal policial o la Fiscalía, dada su condición de ex informante del OS-7 de Carabineros y su experiencia en hechos similares, ya que con antelación había sido condenado por microtráfico, precisamente al interior de la cárcel. Así las cosas, no resulta posible sostener, al menos en esta causa, que los datos aportados por el acusado contribuyan a los fines ya referidos y menos aún “necesariamente” como lo exige la ley para la concurrencia de la atenuante” (la cursiva es nuestra).

b) Fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, en fallo dividido, el 4 de octubre de 2012 (Rol Ingreso Corte N° 376-2012), rechaza el recurso de nulidad impetrado por la defensa del condenado Salinas Aravena, descartando error de derecho al no haberse reconocido la cooperación eficaz por el TJOP, expresando a propósito de la atenuante alegada, lo siguiente:

SÉPTIMO: Que por otra parte, si se examinan los hechos en los que la recurrente hace consistir tal minorante, resulta que sus actos no se ajustan a lo indicado en el señalado artículo 22, ya que no apuntaban a prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos, sino que demuestran su participación en nuevos hechos por los que está formalizado en otro procedimiento, y donde deberá juzgarse su responsabilidad, juicio en el cual deberá determinarse si, respecto de esos hechos concurre tal atenuante especial.

Más aún, en los hechos actuales no se cumplen los requisitos exigidos por la ley para concurrencia de la atenuante en esta causa, y ello es así ya que el acusado no previno ni impidió la perpetración de otros delitos de manera necesaria, como es la exigencia legal, ello independiente al hecho de que haya aportado datos de números telefónicos que permitieron la detención de varias personas respecto de esos nuevos hechos, todo lo cual como se ha indicado es materia de un nuevo juicio”.

El voto minoritario del fallo aludido, estimando que la sentencia en examen incurrió en una errónea aplicación del derecho que influyó en lo dispositivo del fallo, refirió:

“Al efecto, si bien no discrepa que los jueces de primer grado tienen la facultad de aceptar o desconocer la circunstancia atenuante especial consagrada en el artículo 22 de la Ley N° 20.000, en el caso de autos los sentenciadores no la desestimaron en virtud de ser ella una prerrogativa, sino que su negativa se funda única y exclusivamente porque el acusado habría favorecido la comisión de otro ilícito en donde estaba directamente involucrado, argumentación que no resulta atendible para rechazar dicha minorante, habida consideración que al hacerlo de ese modo, los sentenciadores han hecho un prejuizamiento de otros hechos, aparentemente ilícitos, los cuales deben ser calificados en su oportunidad por el Tribunal penal competente.

Es un hecho indubitado que los propios sentenciadores dejaron asentado, que los datos aportados por el acusado Juan Antonio Salinas Aravena fueron relevantes para la obtención de importante información sobre la venta, adquisición, distribución e ingreso de droga a los Centros Penitenciarios de Talca y Cauquenes, logrando la incautación de una cantidad significativa de droga y la detención de gran cantidad de imputados, los que el Ministerio Público precisó en estrado a quince personas.

Esta última circunstancia fáctica reconocida en autos es suficiente para acoger la atenuante referida y al no hacerla, los jueces de fondo han incurrido en una errónea aplicación del derecho, defecto que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo al imponerse al acusado una sanción mayor a la que por ley le correspondía, por lo que era atendible invalidar la sentencia definitiva recurrida y en su reemplazo, dictar otra de igual naturaleza, mediante la cual se impusiera al sentenciado una pena personal menor, en virtud de la atenuante especial precitada”.

c) Formalización del acusado Juan Antonio Salinas Aravena

Relevante es agregar que, el 16 de diciembre de 2011, en causa RUC N°1100293321-9, RIT N°9702 - 2011, ante el Juzgado de Garantía de Talca, se formalizó investigación contra el imputado Salinas Aravena (proceso en el que ya se encuentran condenados como autores del delito de tráfico de drogas diversos integrantes de la agrupación criminal), por la participación que se le atribuye en calidad de autor del mismo hecho, pues se estableció –a partir del análisis de las escuchas telefónicas– que Salinas Aravena facilitó la ejecución del delito mientras permanecía privado de libertad en la causa por la que el TJOP lo sentenció. En efecto, luego de aportar valiosa información en la causa RIT N° 83-2012, básicamente referida a números de teléfonos celulares utilizados por miembros de la agrupación, Salinas Aravena utilizó

estos mismos aparatos móviles para intervenir activamente en la estructura organizacional que delató.

3. Comentarios

En nuestro concepto, el voto de minoría del fallo dictado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca incurre en errores jurídicos que, sin duda, se encuentran motivados en la inadecuada comprensión que de la atenuante de cooperación eficaz realiza, recayendo el primero de los yerros denunciados en un aspecto que, pese al transcurso del tiempo, continúa argumentándose por las defensas, siendo en ocasiones recogido por alguna sentencia. Sostiene el disidente que “los jueces de primer grado tienen la facultad de aceptar o desconocer la circunstancia atenuante especial consagrada en el artículo 22 de la Ley N° 20.000”.

Asimismo, y esto es lo que constituye nuestro mayor reproche, el voto en cuestión sacrifica los fines de la atenuante en pos de los medios desplegados por el imputado para que la misma surta efecto, desentendiéndose de aquellos hasta un punto que consideramos inaceptable, toda vez que, en el caso de marras, el acusado fingió cooperar en la investigación para valerse realmente de una estructura de tráfico existente, sin que ello importara mucho para el disidente, pues no existió duda que los datos aportados fueron realmente precisos, verídicos y comprobados, como se estableció en la sentencia del TJOP.

En una primera aproximación a lo señalado: ¿Pueden los jueces aceptar o desconocer la atenuante especial del artículo 22 de la Ley N° 20.000 con prescindencia del Ministerio Público?

Con relativa frecuencia se insiste por las defensas en estrados en señalar que, es a los jueces (y no a los fiscales del Ministerio Público) a quienes corresponde aceptar o desconocer la atenuante en comento pues, de lo contrario, se conculca al sentenciador la resolución relativa a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal (art. 342 y 343 CPP) y con ello la facultad de resolver exclusivamente las causas criminales (art. 76 CPR), entregando al ente persecutor facultades que exorbitan el ámbito de sus funciones constitucionales, como son las de investigar, ejercer la acción penal y dar protección a víctimas y testigos (art. 1 LOC. N° 19.640).

Son ya conocidas las razones por las cuales la Ley N°20.000 entregó al Ministerio Público (y no al juez) el reconocimiento de la cooperación eficaz²: el tratarse de una herramienta o técnica de investigación establecida por razones de política criminal (de la que no es su ejecutor el Poder Judicial) antes que una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal con la que

2 Un completo estudio sobre la materia está contenido en el trabajo titulado: “La cooperación eficaz”, de Andrés Salazar Cádiz, Abogado Asesor de la Unidad de Tráfico Ilícito de Drogas, Fiscalía Nacional del Ministerio Público, disponible en INTRANET.

sólo comparte los efectos de permitir la rebaja de pena; el carácter premial de la cooperación; la exclusividad en la dirección de la investigación por parte del Ministerio Público y, consecuencia de esto, la posibilidad de calificar la real eficacia del aporte con prescindencia de todo otro organismo, entre otras razones.

La misma Corte de Apelaciones de Talca³, conociendo de un recurso de nulidad planteado por la defensa del condenado, esgrimiendo como error de derecho el rechazo de la atenuante de cooperación eficaz, expresó:

“Tercero: Que, al respecto, corresponde tener presente que el inciso 4° del Art. 22 de la Ley N° 20.000 dispone que el Ministerio Público deberá expresar en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación presentada por el imputado ha sido eficaz a los fines conducentes al esclarecimiento de los hechos o a la identificación de sus responsables.

De tal modo, la calificación de eficacia de la cooperación prestada por el encausado es una facultad propia del Ministerio Público que, al no ser manifestada por éste en alguna de las oportunidades procesales señaladas, obsta su consideración como circunstancia atenuante especial de la responsabilidad penal”.

La Excma. Corte Suprema⁴, rechazando la concurrencia de la atenuante especial de cooperación eficaz impetrada por la defensa por la vía de la nulidad, señaló: “no se encuentra acreditada en forma alguna en el juicio, lo que es compartido por ésta Corte, desde que, como se precisa en el mismo fallo, se negó toda participación en el delito imputado, por lo que mal se podía colaborar en ésta u otra investigación (...) sin que –a mayor abundamiento–, haya sido reconocida tal circunstancia por el Ministerio Público, ente encargado constitucionalmente de investigar y acusar, correspondiéndole en tal sentido, determinar también su fundamento, seriedad y verosimilitud, para pugnar por su establecimiento, lo cual no ocurrió en la especie”.

Con todo, más allá de un criterio de interpretación gramatical (inciso cuarto del art. 22 de la Ley N° 20.000), histórico (Ley 19.806 que modificó la Ley N° 19.366 atendida la creación del Ministerio Público y con ello la imposibilidad del extinto Juez del Crimen de reconocer la atenuante de marras, posibilidad que se reserva en adelante exclusivamente al Ministerio Público) y sistemático (protección de cooperadores eficaces a cargo del Ministerio Público preceden al pronunciamiento de la sentencia), es sólo a través de la adecuada comprensión de la naturaleza de la cooperación eficaz como herramienta de política

3 Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 372-2009, 18 de octubre de 2009, considerando tercero. Con mayor énfasis, Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 148-2004, 15 de noviembre de 2004 considerando cuarto (en referencia al antiguo art. 33 de la Ley N° 19.366, en la que establece el carácter vinculante para el sentenciador si ha mediado reconocimiento del Ministerio Público);

4 Corte Suprema, Rol N° 2958-07, 7 de agosto de 2007, considerando sexagésimo quinto.

criminal en la que confluyen las características de una técnica investigativa y una atenuante de responsabilidad criminal calificada⁵, que se logra delimitar la función del sentenciador en la determinación del *quantum* de la rebaja, en la medida que haya existido reconocimiento previo del Ministerio Público. Subsecuentemente, si no ha mediado dicho reconocimiento y por las razones anotadas no nace para el sentenciador la posibilidad de su aceptación⁶. En cualquier caso, tal como se reconoce por el Fiscal Nacional, en el caso que el fiscal adjunto rechace el reconocimiento de la cooperación eficaz impetrada por la defensa, siguen subsistiendo los reclamos jerárquicos que contempla la Ley N° 19.640 y el CPP⁷.

Con todo, de *lege ferenda*, considerando el carácter dinámico de las investigaciones asociadas a la Ley N° 20.000, la necesidad de perseguir con la mayor de las energías y en todo momento, particularmente, a las organizaciones o agrupaciones de delincuentes dedicados al narco o microtráfico, con el objeto de eliminar cualquier inhibición en la recepción de información de calidad, no parece desacertado eliminar limitaciones temporales al Ministerio Público que restrinjan la utilización de la técnica investigativa del artículo 22 de la Ley N° 20.000, reducida hoy a sólo dos actos procesales como son la formalización y la acusación, en tanto, se le siga atribuyendo por vía legal la exclusividad en su reconocimiento⁸. Por lo demás, ya ha existido pronunciamiento de los tribunales sobre el particular⁹.

Avanzando en el análisis, refiere el disidente del fallo dictado en sede nulidad que “siendo un hecho indubitado que los datos aportados por el acusado Juan Antonio Salinas Aravena fueron relevantes para la obtención de importante información sobre la venta, adquisición, distribución e ingreso de droga a los Centros Penitenciarios de Talca y Cauquenes, logrando la incautación de una cantidad significativa de droga y la detención de gran cantidad de imputados, los que el Ministerio Público precisó en estrado a quince personas. Esta última circunstancia fáctica reconocida en autos es suficiente para acoger la atenuante referida y al no hacerla, los jueces de fondo han incurrido en una errónea aplicación del derecho”.

Para una adecuada comprensión del asunto, no debemos olvidar que, Juan Antonio Salinas Aravena, fue formalizado posteriormente por haber incurrido en conductas asociadas al tráfico de drogas mientras se encontraba sujeto a

5 Oficio FN N° 061/2009, 30 de enero de 2009.

6 En contra, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, RIT N° 347-2010, 17 de diciembre de 2010; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT N° 82-2007, 23 de julio de 2007.

7 Oficio FN N° 061/2009, 30 de enero de 2009, p. 4.

8 Id. P. 4. Agrega al inciso cuarto del artículo 22 de la Ley N° 20.000, la audiencia de preparación de juicio oral y, excepcionalmente, en el juicio oral.

9 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, Rol N° 194-2004, 13 de abril de 2006.

prisión preventiva en la cárcel de Talca, utilizando precisamente uno de los números telefónicos que por vía de “cooperación” había previamente entregado al Ministerio Público, posibilitando con ello la interceptación telefónica del móvil y con ello el descubrimiento de la agrupación delictual dedicada a ingresar drogas a diversos recintos penitenciarios de la Séptima Región del Maule.

Precisa el artículo 22 de la Ley N°20.000 que el suministro de datos o informaciones precisas, verídicas y comprobables, deben contribuir *necesariamente* a:

1. Esclarecer los hechos investigados o permitir la identificación de sus responsables (cooperación intra proceso);
2. Prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la Ley N° 20.000 (cooperación extra proceso).

Menester es relevar la claridad con que los sentenciadores reconocen que, pese a que los datos aportados por el acusado fueron, efectivamente, precisos, verídicos y comprobables, no contribuyeron estos necesariamente a los fines de prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos. Antes bien, como se indica en el fallo, el acusado “facilitó el ingreso de drogas al establecimiento penal o la adquisición de la misma”. Diríamos aún más: el imputado fue formalizado como autor del delito de tráfico de drogas en el que participó cuando permanecía privado de libertad y utilizando los mismos medios de investigación que constituían su cooperación.

Es de esta forma entonces que, particularmente exigente se torna despejar cualquier suspicacia relativa al cumplimiento o no de los fines de la atenuante, para casos de cada vez mayor ocurrencia, como el de las denominadas “compras de cooperaciones” o “falsas cooperaciones” en los que las fuentes económicas del tráfico personalizadas en imputados privados de libertad o terceros (incluso abogados¹⁰) vinculados a ellos, reclutan a sujetos en ocasiones ignorantes del contenido de los cargamentos de droga, encomendándoles su transporte, para luego ser descubiertos por la policía guardando, portando o transportando la droga¹¹; o situaciones en que los datos entregados por sujetos que desean acogerse a la atenuante sólo tienen por propósito despejar el camino para las propias actividades de tráfico, mientras los recursos policiales (habitualmente escasos) se despliegan en aniquilar a la competencia del supuesto “cooperador”.

En situaciones como las que referimos (enunciadas a modo meramente ejemplar), en las que podrían incluso apreciarse importantes incautaciones de

10 Juzgado de Garantía de Los Andes, Rol N° 1444 – 2007, 11 de febrero de 2009.

11 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, Rol N° 192-2006, 9 de enero de 2007.

droga y también un no despreciable número de detenidos, los datos aportados, evidentemente, desde el punto de vista de la eficacia bien merecerían una generosa reducción del *quantum* de la pena. Sin embargo, ¿puede razonablemente pensarse en una efectiva contribución de la información aportada a la prevención u obstaculización de la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad de aquellos contemplados en la Ley N° 20.000? Dicho de otro modo, no presenciamos una real cooperación eficaz sino sólo una apariencia de la misma o, peor aún, un verdadero fraude a la ley.

Se ha resuelto que “la cooperación es eficaz cuando por ella se entregan informaciones o datos con los cuales el Ministerio Público pasa a tener la posibilidad real, evaluada en concreto de asegurar la persecución penal del delito investigado y/o de obtener otros responsables de ese mismo delito, o de prevenir la perpetración o de impedir la consumación de otro delito de la Ley de Drogas de igual o mayor gravedad que aquel en el que se encuentra investigado originalmente el cooperador”¹².

Concibiéndose a la cooperación eficaz no sólo como “una atenuante especial de responsabilidad penal, sino que además (...) como una herramienta de política criminal, una verdadera técnica de investigación para ser utilizada por el Fiscal en una determinada investigación y durante la misma”¹³, debió analizarse por el voto disidente –a la luz de los fines de la institución en estudio– si la información entregada por Salinas Aravena podía o no encuadrarse dentro de lo que constituye la *ratio essendi* de una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal. En este sentido, se señala como fundamento de las modificatorias que la “sanción penal debe ser regulada con fundamento en la gravedad del injusto y la intensidad del reproche que merece el responsable”¹⁴. A propósito de la atenuante contenida en el artículo 11 N° 9 del Código Penal –que el mismo autor vincula con el comportamiento posterior del delincuente– sostiene que, para apreciarla, hay que considerar en el imputado “su verdadera voluntad de colaborar, su intención decidida en esa dirección, todo sin perjuicio de la utilidad cierta de esa colaboración”¹⁵.

En síntesis, como quiera que la circunstancia del artículo 22 de la Ley N° 20.000 reúna en sí características consustanciales a la de una técnica de investigación creada por razones de política criminal, conserva el efecto mitigador propio de las atenuantes de responsabilidad criminal, imponiendo al juez el deber de dilucidar –a partir de los actos externos– la “verdadera voluntad de colaborar”, propósito que el disidente omitió de plano en el caso sub-lite, al

12 Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 281-2010, 13 de septiembre de 2010, considerando décimoquinto.

13 Figueroa Aste, Renzo. “Revista Jurídica del Ministerio Público N° 40, Septiembre de 2009”, p. 69.

14 Garrido Montt, Mario. “Derecho Penal Tomo I, Parte General”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 181.

15 Op. cit., p. 200.

punto de soslayar que Salinas Aravena no sólo no impidió la perpetración o consumación de delitos de mayor o igual gravedad, sino que, por el contrario, derechamente participó activamente en su ejecución.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL
Y EXTRADICIONES

LA CONVENCIÓN EUROPEA DE ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL Y SUS PROTOCOLOS ADICIONALES

Karinna Fernández Neira¹

Introducción

El pasado 23 de marzo de 2012, fue publicado en el Diario Oficial de la República de Chile el Decreto Supremo N° 122, que promulgó la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal (en adelante, también, la Convención), su Protocolo Adicional y su Segundo Protocolo Adicional.

La referida Convención tiene por objeto que los Estados Partes se proporcionen la más amplia cooperación en los procedimientos relativos a materias penales, ofreciendo una cobertura normativa a la práctica de diversas actuaciones de auxilio judicial internacional. Ello, sumado al hecho de que se encuentra ratificada por cincuenta Estados², y que Chile carece de una ley de cooperación judicial en materia penal³, lo transforma en un instrumento de la mayor relevancia para nuestro país, motivo por el cual a continuación mencionaremos sus principales características, con la finalidad de contribuir a su conocimiento y utilización por parte de quienes integran el Ministerio Público.

Aspectos generales de la cooperación penal internacional

Conviene precisar que el instrumento que a continuación describiremos, se encuadra dentro de las disposiciones internacionales vinculadas a regular la cooperación penal internacional, la que encuentra su fundamento, de un lado, en la colaboración que los Estados se brindan en la persecución de los crímenes con la finalidad de evitar que sus territorios se conviertan en un área de impunidad y, de otro, en el respeto a los derechos fundamentales y a las garantías jurídico-procesales de cada Estado⁴.

- 1 Abogada de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 La lista de Estados Partes se encuentra disponible en línea: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=030&CM=8&DF=29/10/2012&CL=ENG>. 47 de los 50 Estados Partes son europeos, los Estados Partes que no conforman el Consejo de Europa son; Chile, Israel y Corea.
- 3 Mensaje de S.E. La Presidenta de La República con el que inicia un Proyecto de Acuerdo que aprueba la “Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal” N° 1571-357, de 11 de noviembre de 2009, p. 2.
- 4 CALAZA-RAMUDO LÓPEZ, Sonia. *Cooperación judicial Internacional Extradición y Euroorden*. Disponible en línea: <http://antonionietogalindo.files.wordpress.com/2009/07/articulo-de-sonia-calaza-sobre-la-euroorden.pdf>

La cooperación penal internacional ha sido un elemento transversal al marco evolutivo del derecho internacional, consistente en la colaboración que existe entre los Estados, de rasgo eminentemente procesal, y que se expresa en el apoyo que un Estado otorga a otro, para que cumpla en condiciones óptimas las labores de índole jurisdiccional que le competen, en el entendido que el imperio del derecho y el logro de sus objetivos a nivel práctico exigen acciones de orden recíproco entre los Estados⁵.

Así, la cooperación se ubica entre los principios y fines centrales del derecho internacional, cuya implementación a través de procedimientos amparados en convenios acordados bilateral o multilateralmente, resulta indispensable para el ejercicio de la potestad jurisdiccional de los Estados. Transformándose en un punto de convergencia entre la soberanía nacional y el orden jurídico internacional, por ello, una de las estructuras jurídicas centrales del ordenamiento internacional contemporáneo es la destinada a regular la cooperación entre los Estados, para el logro de ciertos objetivos comunes en distintas esferas de intereses⁶.

Desde el punto de vista práctico, existen diversas categorías o expresiones de la cooperación internacional que van desde las asistencias simples relacionadas con exhortos, notificaciones, el desarrollo de averiguaciones dirigidas a la investigación de ilícitos por las autoridades del Estado requerido, hasta aquellas medidas destinadas a privar de ciertos derechos a personas que se han visto involucradas en procesos penales en el Estado requirente. De estos casos surgen solicitudes destinadas a embargar bienes, realizar registros, o incluso privar de su libertad a los acusados de ciertos crímenes, procesos de extradición y ejecución de sentencias extranjeras⁷.

La Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal, se encuadra dentro del *régimen horizontal* de cooperación que existe entre los Estados Partes, quienes colaboran voluntariamente conforme su decisión soberana⁸, y se suma al conjunto de disposiciones internacionales suscritas por Chile en estas materias, entre las que cabe destacar: la Convención Interamericana sobre

5 HUESBE LLANOS, Marcos. *La Institucionalización del Estado Moderno*. Valparaíso, 1999, EDEVAL. p. 262.

6 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. "Cambios que la noción de comunidad internacional ha introducido en la naturaleza del derecho internacional", en: Llanos Mansilla, Hugo; Picand Albónico; Eduardo (coordinadores). *Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje a Santiago Benadava*. Santiago, 2008, Librotecnia, pp.373-375.

7 CERVENI, Raúl "La Cooperación Judicial Penal Internacional. Concepto y Proyección", en: *Curso de Cooperación Penal Internacional*. Río de Janeiro, 1994, Ed. Carlos Álvarez, pp. 1-25.

8 Sobre régimen horizontal, Cfr. AMBOS, Kai: (2005) "La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. P. 17. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-17.pdf>

Asistencia Mutua en Materia Penal⁹; el Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile¹⁰; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como “Convención de Palermo”¹¹; la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales¹²; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹³; y el Acuerdo para Incentivar la Cooperación y Asistencia Legal Mutua entre los Miembros de la Asociación Ibero-Americana de Ministerios Públicos¹⁴.

En el marco de la legislación interna podemos mencionar las siguientes disposiciones vinculadas a la **cooperación internacional en su cariz pasivo**, es decir, que regulan los procedimientos conforme a los cuales Chile da respuesta a requerimientos en materia penal solicitados por autoridades extranjeras:

En **materia de competencia**, en términos generales, el Código Orgánico de Tribunales, establece en los incisos 2° y 3° de su artículo 52 que un Ministro de la Corte Suprema, designado por el tribunal, conocerá en primera instancia de los delitos de jurisdicción de los tribunales chilenos, cuando puedan afectar las relaciones internacionales de la República con otro Estado, y de la extradición pasiva. De igual forma el inciso 3° del artículo 53 del mismo Código, establece que el Presidente de la Corte Suprema conocerá en primera instancia, de las causas de presas y demás que deban juzgarse con arreglo al Derecho Internacional. Finalmente el Código Orgánico de Tribunales, en sus artículos 560.1 y 560.2, establece la posibilidad de que la Corte de Apelaciones competente designe un Ministro en Visita Extraordinario, cuando se tratare de causas civiles que puedan afectar las relaciones internacionales y que sean de competencia de los tribunales de justicia, y cuando se tratare de la investigación de hechos o de pesquisar delitos cuyo conocimiento corresponda a la justicia militar y que puedan afectar las relaciones internacionales.

En cuanto a **la jurisdicción** de los tribunales chilenos, el artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales dispone que “*quedan sujetos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican: 8°. Los comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias*”.

- 9 Adoptada en Nassau el 23 de mayo de 1992, ratificada por Chile el 5 de julio del 2003.
- 10 Adoptado en Buenos Aires el 18 de febrero de 2002, aprobado por el Congreso Nacional de Chile el 30 de septiembre de 2008.
- 11 Adoptada en Palermo el 15 de noviembre de 2000, ratificada por Chile el 29 de noviembre del 2004.
- 12 Adoptada por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997, ratificada por Chile el 18 de abril del 2001.
- 13 Adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, ratificada por Chile el 13 de septiembre del 2006.
- 14 Suscrito en Quito el 4 de diciembre de 2003.

Por otra parte, la **norma general** que se refiere a la cooperación penal internacional pasiva se encuentra en el artículo 20 bis del Código Procesal Penal, la que indica; “*Las solicitudes de autoridades competentes de país extranjero para que se practiquen diligencias en Chile serán remitidas directamente al Ministerio Público, el que solicitará la intervención del juez de garantía del lugar en que deban practicarse, cuando la naturaleza de las diligencias lo hagan necesario de acuerdo con las disposiciones de la ley chilena*”. Por tanto, la autoridad encargada de diligenciar los requerimientos de asistencia internacional que se formulen en Chile es el Ministerio Público, con independencia del Estado, Tribunal u organismo internacional del cual provengan¹⁵.

En el mismo sentido, la Ley 20.000¹⁶ que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y la Ley 19.913¹⁷ que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, le otorgan atribuciones al Ministerio Público para otorgar y requerir toda cooperación internacional destinada a obtener éxito en las investigaciones relacionados con los tipos penales contenidos en dichos cuerpos legales. Específicamente, el inciso primero del artículo 47 de la Ley 20.000 dispone; “*El Ministerio Público, directamente (...), podrá requerir y otorgar cooperación y asistencia internacional destinada al éxito de las investigaciones sobre los delitos materia de esta ley, de acuerdo con lo pactado en convenciones o tratados internacionales, pudiendo proporcionar antecedentes específicos (...)*”.

Estructura y disposiciones generales de la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal, y sus Protocolos Adicionales

La Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal fue suscrita en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 por los miembros del Consejo de Europa¹⁸, y entró en vigor el 12 de junio de 1962. Posteriormente, fue modificada y complementada por dos Protocolos Adicionales que se suscribieron en Estrasburgo: ellos fueron adoptados el 17 de marzo de 1978 y el 8 de noviembre de 2001, respectivamente.

15 PICAND ALBÓNICO, Eduardo. “La cooperación internacional y la asistencia judicial entre la Corte Internacional y el Estado de Chile”, en: *Revista jurídica del Ministerio Público*. Santiago, 2009, Ministerio Público de Chile, p. 192.

16 En su párrafo 4° regula la Cooperación Internacional (artículos 47, 48 y 49).

17 En su artículo 33 se remite en materia de cooperación internacional a lo dispuesto en la Ley 20.000, sobre tráfico ilícito estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y las que contenga cualquier otra ley que la sustituya o modifique.

18 El Consejo de Europa es una organización internacional destinada a promover, mediante la cooperación de los Estados de Europa (47 Estados), la configuración de un espacio político y jurídico común, respaldando la estructura democrática de la sociedad, la protección de derechos humanos y respetando el estado de derecho. *Vid.* en línea <http://hub.coe.int/>

La Convención de 1959 regula una serie de actos de cooperación judicial entre los Estados, como por ejemplo exhortos, comunicaciones, notificaciones de documentos, citaciones y resoluciones judiciales. Destaca por ser el segundo convenio en materia penal realizado por el Consejo de Europa¹⁹, estar suscrito por todos los Estados que conforman el Consejo, permanecer vigente, y por haber servido de base para otros convenios destinados a la cooperación internacional²⁰.

El ámbito de aplicación de la Convención se limita a los procedimientos relativos a delitos cuyo conocimiento, a la fecha de pedir la asistencia, sea de competencia de las autoridades judiciales de la parte requirente. Agrega, además, que la Convención no se aplicará a los arrestos, ejecución de sentencias ni delitos de carácter militar que no constituyan delitos de acuerdo con la legislación penal común.

La Convención se estructura sobre la base de un Preámbulo, en donde los Estados miembros consignaron su objetivo en lograr una mayor unión entre ellos adoptando normas comunes en el ámbito de la asistencia mutua, disposiciones que se plasmaron en 30 artículos, agrupados en ocho Títulos²¹. Adicionalmente, junto con regular ciertas diligencias, se instauraron principios de carácter general²² que contribuyen a orientar la ejecución de las mismas, entre ellos destacan los siguientes:

- El compromiso de los Estados Partes de prestarse la **asistencia mutua más amplia posible** (Art. 1).
- La posibilidad del Estado requerido de **denegar asistencia** respecto a delitos de carácter político, o respecto de solicitudes que perjudiquen el ejercicio de su soberanía nacional, seguridad, orden público u otros intereses estatales esenciales (Art. 2).
- La aplicación de la **legislación de la parte requerida en la ejecución de los exhortos** (Art. 3.1)²³.
- La posibilidad de que las partes contratantes sometan a condición de doble incriminación, delitos extraditables o compatibilidad con la legislación

19 El primero fue la Convención Europea de Extradición, suscrito en París el 13 de diciembre de 1975.

20 LOURIDO RICO, Ana María. *La Asistencia Judicial Penal en la Unión Europea*. Valencia, 2004. Ed. Tirant lo Blanch, pp. 45-46.

21 Mensaje presidencial, *ibídem*, p. 3.

22 *Cfr.* LOURIDO RICO, Ana María. *Op. cit.*, pp. 46-50.

23 Este principio tiene dos excepciones, en los Art. 3.2 y 4, que establecen el juramento de testigos o peritos y la posibilidad de que la ejecución de un requerimiento sea practicado en la presencia de autoridades del Estado requirente, todo esto siempre que no se oponga a la legislación del país requerido, el objeto de estas reguladas excepciones es asegurar cierta efectividad a las diligencias realizadas en territorio extranjero.

interna, previa declaración, la **ejecución de requerimientos vinculados al registro o embargo de bienes** (Art. 5).

Las diligencias reguladas en la Convención son las siguientes:

- La ejecución de exhortos, para la obtención de pruebas o remisión de objetos que deban presentarse como prueba, expedientes o documentos, los que podrán ser enviados en copias certificadas, a menos que se soliciten los originales. Previa solicitud del Estado requirente y autorización del requerido, podrán estar presentes en la ejecución del exhorto las personas interesadas en su realización, así como las autoridades de la parte requirente. Además, se faculta a la parte requerida a demorar la entrega de objetos, expedientes o documentos solicitados, si le son necesarios para un procedimiento penal en curso.
- La declaración de testigos y peritos, los que conforme lo solicite el Estado requirente podrán declarar bajo juramento si no estuviera prohibido por la legislación del país requerido.
- El registro o embargo de bienes.
- La notificación de documentos y resoluciones judiciales.
- La comparecencia personal de testigos y peritos para casos considerados como esenciales por la parte requirente.
- El traslado temporal de personas detenidas para que declaren como testigos o para efectos de careo, por un plazo fijado por la parte requerida (este traslado puede denegarse –entre otras razones– si la persona no diere su consentimiento).
- La entrega de información para fines procesales, es decir, la comunicación espontánea de antecedentes que pueden ser de interés de otra parte con miras a que ésta pueda iniciar acciones judiciales.
- El intercambio recíproco y anual de todas las condenas penales y medidas posteriores aplicadas respecto de los nacionales de cada una de las Partes.

El Protocolo Adicional²⁴ consta de un Preámbulo y 12 artículos, contenidos en cuatro Títulos que conforman su cuerpo dispositivo. Su propósito fundamental fue que los Estados Partes renunciaran al derecho que la Convención les otorgaba de denegar asistencia en el caso de delitos de carácter tributario, con el objeto precisamente de facilitar la persecución de dichos crímenes.

El Segundo Protocolo Adicional²⁵ consta de 35 artículos, divididos en tres Títulos. El Título I contiene las disposiciones que introducen modificaciones

24 Entró en vigor internacional el 12 de abril de 1982.

25 Entró en vigor internacional el 1 de febrero de 2004.

al texto de la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal, el Título II se refiere a las normas operativas del Segundo Protocolo y el Título III contiene cláusulas finales.

Su objeto (del segundo protocolo adicional o del primero??) fue fortalecer las capacidades de respuesta individual y colectiva de los Estados Partes frente a la perpetración de crímenes, para lo cual adecuó la Convención a la utilización de medios electrónicos en la transmisión de solicitudes, introduciendo el uso de videoconferencias y conferencias telefónicas para tomar declaraciones a testigos, peritos, acusados o sospechosos. Además, contempla la posibilidad de traslado temporal de personas detenidas o condenadas a la parte requerida para que se desarrolle una diligencia en particular, y regula las condiciones de restitución de objetos incautados. Otros mecanismos de cooperación contenidos en este instrumento son las observaciones transfronterizas, la entrega controlada, las investigaciones encubiertas y los equipos conjuntos de investigación. Asegura el Protocolo a la parte requerida la posibilidad de aplazar o realizar parcialmente aquellas actuaciones cuya ejecución pudiera perjudicar investigaciones, juicios o procesos internos.

Destaca entre los mecanismos de asistencia la posibilidad de que las Partes, sin previa solicitud, remitan a las autoridades competentes de otra Parte información obtenida en el marco de sus propias investigaciones, cuando consideren que esa información podría ayudar a esta última a iniciar o realizar investigaciones o procesos, o podría dar lugar a una solicitud de asistencia en conformidad con la Convención o sus Protocolos²⁶.

En atención a su objetivo, el Segundo Protocolo amplía el ámbito de aplicación de la Convención a la asistencia mutua en procesos entablados por autoridades administrativas en relación con actos que sean punibles en conformidad con la legislación nacional de la parte requirente o de la parte requerida por tratarse de violaciones a las normas de derecho, cuando la resolución pueda dar origen a procesos ante un tribunal competente, en particular en materias penales, y excluye la posibilidad de denegar asistencia por el sólo hecho de que se relacione con actos donde el responsable podría ser una persona jurídica²⁷.

Declaraciones formuladas por Chile

Tanto la Convención como sus Protocolos, reiteran la idea de que las diversas medidas de asistencia se practicarán en atención a los procedimientos contemplados por las leyes de la parte requerida y que se ejercerán en la medida de que no sean contrarias a los principios fundamentales de la legislación

26 Mensaje presidencial N° 1571-357, *ibidem*, p. 18.

27 Mensaje presidencial N° 1571-357, *ibidem*, p. 13.

interna. Por ello, durante la discusión parlamentaria que precedió el Decreto Promulgatorio, se recalcó por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores el hecho de que su implementación no afectaría en modo alguno la soberanía nacional²⁸. Sin embargo, el Estado de Chile en particulares temas formuló específicas declaraciones y reservas al contenido de los mencionados cuerpos normativos, entre las que destacan las siguientes:

En relación a la Convención Europea de Asistencia Mutua:

- Se reserva la facultad de supeditar la ejecución de exhortos que tengan por objeto el registro o embargo de bienes al hecho que sea compatible con la legislación chilena.
- Declara que la notificación de una citación judicial deberá transmitirse con una antelación de a lo menos cincuenta días a la fecha fijada para la comparecencia.
- Fija como autoridad central para la tramitación de los exhortos al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, y al Ministerio de Justicia para la tramitación de las solicitudes que consistan en la comunicación de extractos e información relativa a expedientes judiciales.
- Las solicitudes que se le envíen deben estar acompañadas siempre de una traducción al idioma español.
- Para los efectos de tramitar informaciones vinculadas con procedimientos judiciales, se establece al Ministerio Público de Chile como la autoridad a la que deberá transmitirse la correspondiente comunicación.
- Agrega, que se considerarán como autoridades judiciales chilenas para los efectos de la Convención a los Tribunales de Justicia que integran el Poder Judicial. Y que se podrán dirigir solicitudes de asistencia mutua al Ministerio Público, el cual solicitará la intervención del Juez de Garantía competente cuando la naturaleza de la solicitud lo haga necesario, conforme a la legislación chilena.

En relación al Protocolo Adicional:

- Declara que la autoridad central en lo relativo a las medidas vinculadas a la ejecución de sentencias y liberación condicional, será el Ministerio de Justicia.

28 Historia de la Ley del Decreto Supremo N° 122, p. 66.

En relación al Segundo Protocolo Adicional:

El Estado de Chile formuló las siguientes Reservas:

- Que no aplicará las disposiciones vinculadas a la notificación directa vía correo postal, de documentos procesales o resoluciones judiciales a personas que se encuentren en territorio de otro Estado Parte.
- Que no aplicará las disposiciones vinculadas a observaciones transfronterizas²⁹.
- Que se reserva, la ejecución y asistencia de entregas controladas e investigaciones encubiertas sólo a los casos en que la legislación chilena permita expresamente dichas diligencias³⁰.
- Que se reserva el derecho a aceptar las solicitudes destinadas a la conformación de equipos conjuntos de investigación para casos específicos.

Declaraciones formuladas por la República de Chile:

- Que las solicitudes de asistencia mutua, así como toda información espontánea, incluso las provenientes de autoridades administrativas, deben ser dirigidas al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, sin perjuicio de que podrán ser enviadas directamente por las autoridades judiciales de la parte requirente a las autoridades judiciales de la parte requerida y devueltas por la misma vía.
- Que el Ministerio de Justicia de Chile es la autoridad competente a la que deberán dirigirse las solicitudes de asistencia mutua referidas a la comunicación de condenas.
- Que en el caso de las solicitudes urgentes realizadas a través de INTERPOL³¹, se deberá enviar una copia al Ministerio de Justicia de Chile.

29 Al respecto conviene precisar que el artículo 17 del Segundo Protocolo autoriza a los funcionarios de policía de una de las Partes a que en el marco de una investigación criminal mantengan en su país en observación a una persona que se presume tomó parte en un delito extraditable, o a una persona que se tiene el convencimiento que llevará a la identificación o localización de esa persona, para continuar con su observación en el territorio de otra Parte, previo requerimiento y autorización de esta última. En todo caso, la autorización podrá ser regulada bajo ciertas condiciones establecidas por los países al momento de depositar el instrumento, sin embargo Chile optó por formular una reserva en orden señalar que dicho instituto no procederá en Chile.

30 *Cfr.* Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y la Ley 19.913 que sanciona el lavado de activos.

31 Contemplada en el párrafo 7 del artículo 15 de la Convención Europea de Asistencia Mutua en Materia Penal, reemplazado por el artículo 4 del Segundo Protocolo Adicional, vinculada a casos urgentes y en los que se permita la comunicación directa.

- Que no aplicará las normas del Segundo Protocolo Adicional a las audiencias mediante videoconferencias que tengan relación con el acusado o sospechoso.
- Que autorizará el traslado temporal sólo con el consentimiento de la persona detenida previo a que se adopte el indispensable acuerdo entre las autoridades competentes de las Partes interesadas.
- Reitera que se podrán dirigir solicitudes de asistencia mutua para los efectos de la Convención al Ministerio Público, el cual solicitará la intervención del Juez de Garantía competente cuando la naturaleza de la solicitud lo haga necesario, conforme a la legislación chilena. Además, fija al Ministerio Público de Chile como la autoridad encargada de la recepción y coordinación tanto de las solicitudes de entregas controladas, como de las investigaciones encubiertas.

Así, tras observar el contenido de este relevante instrumento de cooperación penal internacional y las declaraciones formulados por el Estado de Chile, que ubican al Ministerio Público como una autoridad relevante en la ejecución práctica de las diversas formas de asistencia contenidas en la Convención y sus Protocolos adicionales, sólo resta esperar que su adhesión por parte del Estado de Chile contribuya a consolidar los avances en materia de cooperación penal internacional en los que continuamente participa el Ministerio Público chileno.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

CONVENIO 169 DE LA OIT Y SU APLICACIÓN EN DELITOS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

María Angélica San Martín Ponce¹

- I. Antecedentes
- II. Fundamentos de la prohibición de arribar a acuerdos reparatorios en delitos en contexto VIF
 - a. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable a la violencia contra las mujeres
 - b. La Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar
 - b.1. Fundamentos históricos
- III. Costumbre indígena en materia de violencia intrafamiliar. Prueba de la costumbre y de la calidad de indígena
- IV. Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes
- V. Conclusiones
- VI. Anexo de fallos y análisis de sus argumentos

I. Antecedentes

A fines del año 2011, a raíz de consultas formuladas por los asesores jurídicos de la Fiscalía Regional de la Araucanía, se tomó conocimiento por la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y de Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional, que las defensas de imputados con apellidos pertenecientes a la etnia mapuche estaban presentando en Tribunales de Garantía solicitudes tendientes a lograr aprobaciones de acuerdos reparatorios en causas seguidas por delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar. En algunos casos con resultados positivos. Para estos efectos fundaban sus solicitudes en algunas normas del “Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” de la OIT vigente en Chile desde el 15 de Septiembre de 2009, específicamente aquellas que señalan la pertinencia de aplicar en cau-

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

sas penales las costumbres de los pueblos originarios², sosteniéndose por la Defensoría Penal Pública que los miembros de la etnia mapuche tienen por costumbre aplicar en conflictos de índole penal el método de la negociación o acuerdos y aquello, traducido a las instituciones de nuestro Código Procesal Penal, significaría la celebración de acuerdos reparatorios, mediante el cual las partes involucradas convienen en poner término al proceso penal. De esta manera, lograban soslayar la prohibición expresa de aprobar acuerdos reparatorios en delitos en contexto VIF consagrada en el artículo 19 de la Ley N° 20.066, que señala:

“Artículo 19 Improcedencia de acuerdos reparatorios. En los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal”.

Este escenario cuestionable motivó la presentación de recursos intentados por el Ministerio Público ante la Corte de Apelaciones de Temuco y finalmente la presentación de tres recursos de queja ante la Corte Suprema. El resultado de estos recursos ante la Corte de Apelaciones de Temuco fue negativo, al no acogerse los argumentos de estos, habiendo prosperado uno por motivos de carácter procesal general³ y no relativos al fondo de la discusión. En cuanto a los recursos de queja los dos primeros recursos fueron rechazados, declarándose el tercero inadmisibile⁴.

2 ARTÍCULO 8.

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

ARTÍCULO 9.

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

ARTÍCULO 10.

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.
- 3 En el ingreso Rol Corte de Apelaciones N° 169-2012, se revocó la resolución recurrida por no encontrarse el delito de amenazas entre aquellos respecto de los cuales el Código Procesal Penal, permite los acuerdos reparatorios.
- 4 Recursos de queja, Rol N° 10.635-11; Rol N° 11.616-11 y Rol N° 592-12.

II. Fundamentos de la prohibición de arribar a acuerdos reparatorios en delitos en contexto VIF

a. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable a la violencia contra las mujeres

Instrumentos Internacionales

Entre estos instrumentos cabe mencionar:

- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) ratificada por Chile en 1989. Específicamente respecto de la violencia contra la mujer o a la violencia intrafamiliar, ha sido el “Comité de la CEDAW” el que mediante su Recomendación General N° 19 de 1992 ha explicitado qué se comprende dentro del ámbito de la Convención, señalando en su punto 6 que: “El artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”.

El mismo Comité de la CEDAW⁵, mediante su observación general N° 19, en su párrafo 7 señaló que: *“la violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la Convención. Esos derechos y libertades comprenden:*

- a) El derecho a la vida;*
- b) El derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;*
- c) El derecho a protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno;*
- d) El derecho a la libertad y a la seguridad personal;*
- e) El derecho a igualdad ante la ley;*
- f) El derecho a igualdad en la familia;*
- g) El derecho al más alto nivel posible de salud física y mental;*
- h) El derecho a condiciones de empleo justas y favorables”.*

⁵ Órgano establecido en el art. 17 de la Convención, cuyas recomendaciones manifiestan su doctrina, y constituyen un medio auxiliar de interpretación de las normas del tratado para los Estados que lo han ratificado.

Por su parte esta Convención establece, en su artículo 2 letra f), como deber del Estado:

“Adoptar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan violencia contra la mujer”.

- Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Para, 1994), vigente en Chile desde 1998, afirma en su preámbulo: *“La violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”.*

Así, se establece en su artículo 4° que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de los Derechos Humanos y a las libertades consagradas por instrumentos regionales e internacionales de Derechos Humanos, entre los que se comprenden, entre otros: a) el derecho a que se respete su vida, b) el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral c) el derecho a la libertad y seguridad personales.

Contempla además como deber de los Estados: *“Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”.*

Por su parte, el artículo 8 letra b) establece el deber de los Estados de modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, las costumbres y todo otro tipo de prácticas que legitimen o exacerben la violencia contra la mujer.

- Convención Europea sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica del año 2011, consagra como su primer objetivo, en su artículo 1. *“proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica”.*
- Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Asamblea General de Naciones Unidas, 1993) referida a la problemática de la violencia contra las mujeres y que define en su artículo 1, como violencia contra la mujer: *“ todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la*

*privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*⁶.

Este incesante desarrollo de legislación internacional ha permitido relevar claramente a las distintas expresiones de la violencia contra las mujeres, como formas de violación a sus derechos humanos y las libertades fundamentales, dado que “limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”⁷. Así, es claro que la violencia al interior de la familia que sufre la mujer es un atentado a sus derechos fundamentales, constituyendo los distintos delitos que puede sufrir atentados contra su derecho a la vida, su derecho de autodeterminación e integridad corporal, su derecho a verse libre de toda forma de discriminación, su derecho a no ser sometida a tortura, ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, derechos usualmente afectados mediante delitos de lesiones, amenazas o atentados contra su vida, cuestión de mucha relevancia a la luz del estudio del problema que nos convoca.

Que la violencia que enfrenta la mujer al interior de la familia sea un problema de derechos humanos que exige de los Estados una intervención seria y decidida, ha sido fruto de una lenta evolución en la mirada de esta temática, que ha pasado de ser considerada como un problema privado, que debía resolverse en dicha esfera en virtud de consideraciones de índole superior, como lo era la mantención del núcleo familiar, a la situación actual a nivel internacional, donde se le reconoce como un problema de derechos humanos y, por tanto, de interés público prevalente.

En Chile se da cuenta de esta evolución en los antecedentes de la indicación sustitutiva del Ejecutivo a la moción parlamentaria que introduce modificaciones a la Ley N° 19.325 que “Establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar”, donde se señala: “... desde fines de la década pasada, ha comenzado a tomar fuerza la idea de la integralidad e interdependencia de los derechos humanos. Por ello, es preciso comprender, asimilar y apropiarse de la necesidad de protección de los derechos de las personas no sólo en el ámbito de lo público, sino también en el de las relaciones privadas, admitiendo la existencia de su transgresión en la intimidad de la vida familiar.

Existe consenso en la actualidad que la violencia intrafamiliar es un fenómeno de carácter social por su magnitud, su multicausalidad y los graves efectos que produce, tanto a nivel individual como familiar y social.

6 Esta declaración, si bien no se trata de una norma jurídica obligatoria, es útil para la interpretación de los tratados sobre el tema, en consonancia con el principio de la buena fe con que los Estados suscriben los tratados internacionales.

7 Preámbulo de la “Convención de Belem Do Pará”.

En este contexto, la comunidad internacional, las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, han generado un marco jurídico de compromisos para los Estados. Dichos compromisos, poco a poco, los han llevado a un grado de permeabilidad frente a la necesidad de asumir la violencia intrafamiliar como problema público y no privado. Ello se ha expresado en la ratificación de tratados internacionales y regionales sobre la materia e iniciativas legales de orden interno”⁸.

En cuanto a la jurisprudencia de Tribunales Internacionales, estimamos relevante primeramente destacar la que permitió identificar como violación a los derechos humanos la inacción de los Estados frente a hechos que afectan el ejercicio de éstos por parte de sus ciudadanos, aun cuando esta afectación provenga de particulares, como es el caso de la violencia intrafamiliar, y ya no sólo por acciones directas de agentes estatales. Se trata de faltar al deber de mantener los estándares de diligencia debida y cumplir con sus obligaciones de proteger a las personas contra los abusos de individuos o grupos. Así lo resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al conocer el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*⁹ y el caso *González y otras (“campo algodonero”) vs. México*¹⁰.

Este mismo caso permitió a la Corte Interamericana conceptualizar este “deber de garantía” o diligencia, señalando: “Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención”.

En el ámbito específico de la violencia contra la mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, señaló que el deber de

8 Historia de La Ley N° 20.066, Biblioteca del Congreso Nacional, 7 de octubre de 2001, p. 20. En: www.bcn.cl/histley/histley/lfs/hdl-20066/HL20066.pdf. Consultado el 14 de noviembre de 2012.

9 En este caso se demandó al Estado de Honduras por una situación de un detenido desaparecido, la Corte en la sentencia definitiva distinguió entre los deberes de respeto y garantía del Estado, señalando que este último consistía en el deber de “garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción”. Sentencia de 29 de julio de 1988 (*Fondo*), p. 35.

10 En este caso se demandó al Estado de México por su inacción frente a reiteradas desapariciones y homicidios de mujeres, que no se investigaron con la debida diligencia, estableciendo la sentencia en el punto 22 de lo resolutivo: “El Estado debe continuar implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos y género; perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género, y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres dirigidos a funcionarios públicos en los términos de los párrafos 531 a 542 de la presente Sentencia”.

garantía del Estado, imponía a éste un deber de intervenir activamente en el problema. Así, en el caso *A.T. v. Hungary*, conocido por el Comité de la CEDAW, la víctima alegó que el Estado Parte había violado la CEDAW por no protegerla de los ataques violentos de su pareja a pesar de sus esfuerzos para obtener ayuda estatal. El Comité resolvió que se había incumplido por el Estado Parte su obligación de proteger a la víctima de modo eficaz del grave riesgo que representaba su ex concubino¹¹.

b. La Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar

La prohibición contenida en el artículo 19 de esta ley, que impide terminar las investigaciones penales por delitos en contexto intrafamiliar mediante “acuerdos reparatorios”, es coherente con la doctrina de derechos humanos ya revisada que requiere de los Estados una respuesta frontal a la violencia intrafamiliar que afecta a las mujeres, mediante la aplicación de sanciones que conlleven desde ya un reproche social a la conducta del agresor. El artículo 19 no es una prohibición legal cualquiera, sino que se vincula estrechamente con la protección de derechos fundamentales de primera línea, como lo son el respeto a la dignidad humana por la existencia de una afectación de la integridad física y síquica de las mujeres y del principio de igualdad y no discriminación.

La Ley N° 20.066 vino a dar respuesta a la necesidad del Estado chileno de ajustar su ordenamiento interno a las convenciones internacionales suscritas, ratificadas y publicadas en Chile. Como ha tenido ocasión de señalar nuestra Corte Suprema en la sentencia de 26 de enero de 2010, Rol N° 8.467-09, en su considerando séptimo.¹²

Conforme lo declaran expresamente los artículos 1°, 2° y 3°, el objeto de esta ley es prevenir, **sancionar** y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar pro-

11 Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer emitido conforme al párrafo 3 del artículo 7 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Comunicación No. 2/2003, Sra. A. T. contra Hungría (dictamen adoptado el 26 de enero de 2005, 32° período).

12 **SÉPTIMO.**- Que, por su parte, la Ley 20.066, denominada Ley de Violencia Intrafamiliar, se relaciona con este recurso en forma particular de modo que merece un análisis separado.

A.- Conforme lo declaran expresamente los artículos. 1°, 2° y 3°, el objeto de esta ley es prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma, e imponen como obligación del Estado adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia, debiendo, además, asumir el deber de adoptar políticas orientadas a prevenir ese tipo de violencia, en especial contra la mujer y los niños, y a prestar asistencia a las víctimas, disponiendo que, entre otras, adopte las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales suscritos por el Estado de Chile.

tección a las víctimas de la misma, e imponen como obligación del Estado adoptar las medidas conducentes para garantizar la vida, integridad personal y seguridad de los miembros de la familia.

b.1. Fundamentos históricos

La prohibición legal de arribar a acuerdos reparatorios de la Ley N° 20.066, es resultado de un importante debate parlamentario, como se puede apreciar en el informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, de fecha julio 2005.

En dicho informe se señala que se está contra esta salida alternativa *“...puesto que el consentimiento para la celebración de un Acuerdo Reparatorio no puede ser prestado libremente por la persona que ha sido víctima de delitos precedidos de violencia intrafamiliar, ya que ésta se encuentra normalmente **muy disminuida en su autoestima y no está en condiciones de negociar en igualdad de condiciones.** Considera, además, que lo que distingue a la violencia intrafamiliar de los delitos comunes es que ella **afecta a la familia, la que es reconocida por la Constitución Política como núcleo fundamental de la sociedad, por lo que debe considerarse que existe siempre un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal cuando se trata de investigar ilícitos producidos dentro del ámbito doméstico, que afecten a cualquiera de sus miembros”** (lo remarcado es nuestro)¹³.*

Por su parte en la discusión en sala del Senado, a propósito del informe de la Comisión Mixta el Senador Espina, informando sobre el resultado del debate en la Comisión, a propósito de los acuerdos reparatorios, señaló:

*“Fundamentalmente, creemos que en este tipo de conflictos no deben existir los Acuerdos Reparatorios, **porque son el resultado de presiones ejercidas más que de un acuerdo puro y simple, lo que, en definitiva, lleva a soluciones artificiales que no resuelven el problema de fondo”** (la negrilla es nuestra)¹⁴.*

A nuestro parecer la Ley N° 20.066 vino a corregir uno de los principales errores de la normativa que la antecedía, a saber la Ley N° 19.325, publicada el 27 de agosto de 1994, que establecía en su artículo 3° el llamado obligatorio a conciliación, como una forma de poner término al juicio y que consideraba como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales. Conciliación que era una inadecuada respuesta a la violencia intrafamiliar, de momento que no reconocía la existencia de una relación de poder abusiva, la desigualdad de las partes en juicio, que los compromisos no aseguran el término de la violencia y que en definitiva el avenimiento implicaba falta de sanción o reproche social por la conducta, que incite al cambio. Así, dicha ley significó en los hechos

13 P. 396 de la Historia de la Ley N° 20.066.

14 P. 509 de la Historia de la Ley N° 20.066.

impunidad con más del 90% de los juicios terminados sin sanción¹⁵, registrándose en más de 10 años de vigencia alrededor de 900 condenas.

La falta de un consentimiento válido en las víctimas de delitos de violencia intrafamiliar para arribar a un acuerdo reparatorio, ha sido reconocida por sentencias de tribunales superiores, como la Corte de Apelaciones de La Serena el año 2009, que refiriéndose al artículo 19 de la Ley 20.066, señala que “(...) dicha norma prohibitiva tiene su razón de ser, entre otras consideraciones, como se desprende de las actas legislativas de discusión, en el cuestionamiento que se hizo del eventual consentimiento que en los acuerdos reparatorios podría verse forzada la víctima a otorgar, dada su condición de tal”¹⁶. De esta manera se entiende que, existiendo una relación abusiva y un patrón de conducta discriminatorio, no puede expresarse libremente la voluntad para llegar a un acuerdo entre la persona agresora y la agredida. Ello es lo que sucede en los supuestos de violencia contra la mujer. Por esto las salidas fundadas en conciliaciones entre las personas agresoras y las agredidas en el ámbito familiar deben evitarse puesto que no consideran la existencia de relaciones desiguales de poder. Esto ha sido reconocido a nivel internacional por la CIDH, que ha afirmado que *“la conciliación asume que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar”*¹⁷.

III. Costumbre indígena en materia de violencia intrafamiliar. Prueba de la costumbre y de la calidad de indígena

Las resoluciones que se han dictado en la IX región, en que se ha presentado el problema que nos encontramos analizando, se fundan básicamente en la supuesta aplicación del artículo 9 del citado Convenio, que dispone:

“En la medida en que ellos sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Lo que resulta fundamental es determinar primeramente a quienes se aplica dicho Convenio. Lo que este instrumento resuelve mediante su artículo 1 letra b) al señalar que se aplica a: **“los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de**

15 Historia de la Ley N° 20.066, Biblioteca del Congreso Nacional, 7 de Octubre de 2001, p. 21.

16 Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia Rol 60-2009, de fecha 27 de marzo de 2009, considerando cuarto.

17 Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, Relatoría sobre los Derechos de la Mujer, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 enero 2007, p. 70, párrafo 161.

la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, **conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas**” (La negrilla es nuestra).

La acreditación de la calidad de indígena de los intervinientes, es una exigencia que emana claramente de la norma transcrita que además de exigir la prueba de la descendencia de pueblos originarios requiere que los sujetos tengan conciencia de su identidad indígena o tribal, criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio.

Además es menester que las conductas constitutivas de la costumbre que se invoca sean acreditadas, para lo cual deberán probarse por cualquier medio capaz de producir convicción, pareciendo especialmente pertinentes la elaboración de peritajes antropológicos y culturales elaborados por expertos en el tema indígena. En este sentido, el artículo 36 del Código Procesal Penal exige que toda resolución sea fundada, tanto en los motivos de hecho como de derecho en que se funde la decisión.

A mayor abundamiento, señalamos que al menos existen antecedentes que permiten poner en duda que exista la costumbre de arribar a acuerdos reparatorios en casos de violencia intrafamiliar, dado que estudiada esta problemática en comunidades mapuches, puede controvertirse que la violencia contra la mujer forme parte de la particular cosmovisión de la etnia mapuche siendo más bien una manifestación asociada a factores exógenos a las particularidades de la cultura mapuche. Uno de dichos estudios señala: *“La explicación que dan las mujeres a la violencia no se atribuye a un factor propio de la cosmovisión mapuche, donde la violencia sea concebida como consecuencia de un castigo o producto de alguna trasgresión hecha por algún integrante del grupo familiar a las normas y códigos presentes en el Ad mapu que pudieran romper con el equilibrio cósmico, sino más bien se atribuye a factores externos de la pareja como son los cabuines, alcoholismo y pautas intergeneracionales de violencia, que se ha internalizado a través de las historias de vida. Otro aspecto importante es señalar que en ningún caso las mujeres lograron identificar el concepto de “violencia intrafamiliar” lo que hace presumir que este no se encuentra establecido dentro de su cosmovisión, no obstante la violencia en sí se explica y se denomina en términos propios de los sujetos de investigación como “algo malo”¹⁸.*

Lo señalado en la tesis que se cita es coherente con la forma en que se han presentado las denuncias, ya que en general se trata de casos en que las propias víctimas han formulado la denuncia al sistema formal de justicia y no ante autoridades comunitarias. Tampoco se ha acreditado que estos acuerdos sean fruto de una negociación ante un lonco u otra autoridad de la comunidad

18 Tesis para optar al grado de Licenciado en Desarrollo Social y Familiar y al Título de Asistente Social Universidad Católica de Temuco, pp. 84 y 85 (Integrantes: Yaniseth Marielisa Brevis Olate, et al).

mapuche, lo que sería esperable por tratarse de un acuerdo entre partes en que razonablemente alguien con cierta superioridad acercara las posiciones entre las mismas, posibilitando el arribo a un acuerdo. Esto no ha ocurrido en los casos, es más, según lo manifestó la defensa en el caso ruc 1101270280-0, con motivo de la vista del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público ante la Corte de Apelaciones de Temuco, no había operado ninguna negociación intermediada por una figura de autoridad, pero que a su entender ante su ausencia bien podía ser sustituida por el concurso de un juez de garantía. Dicha figura, como sabemos, es de reciente data en nuestro ordenamiento jurídico nacional, por lo que podemos sospechar bastante exógena a la vida de las comunidades mapuches.

Así, una aplicación de la costumbre indígena acorde al Convenio 169 de la OIT, exige:

1ro, la acreditación de la calidad de indígena;

2do, que se pruebe la existencia de la costumbre que pretende aplicarse, en este caso que los conflictos penales de índole intrafamiliar se solucionen mediante la negociación entre los afectados.

IV. Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes

De varias disposiciones del propio Convenio 169 de la OIT se desprende que éste tiene como claro fin el “*igualar los derechos*” de los miembros de los pueblos originarios con el resto de los ciudadanos del país de que se trate, por lo que resulta contradictorio pretender ocupar una de sus normas para dejar a las mujeres indígenas en una situación de menor protección frente a la violencia intrafamiliar que el resto de las mujeres de un país.

Algunas normas del Convenio que refuerzan esta conclusión son:

- Artículo 2: que señala que la acción de los gobiernos deberá incluir medidas que: a) aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población.
- Artículo 3: Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, sin obstáculo ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de estos pueblos.
- Artículo 4, 3): El presente Convenio persigue asegurar el goce sin discriminación de los derechos generales de la ciudadanía, que no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas.

- Artículo 8.1: Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres (...).
- Artículo 8.2: Dichos pueblos deberán tener derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (...)¹⁹.
- Artículo 8.3: La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país(...).

El análisis de los distintos apartados del artículo 8, nos permite dimensionar el justo alcance de las costumbres de los pueblos indígenas. Primeramente, es deber del Estado considerarla al aplicar la ley, luego su consideración no puede significar contrariar ni disposiciones del derecho interno, ni menos derechos humanos y por último su uso no puede impedir que miembros de los pueblos indígenas estén impedidos de ejercer derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país. En este caso se contradeciría el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política del Estado, que asegura a todos los ciudadanos la igual protección de la ley, dado que la prohibición del artículo 19 de la Ley de VIF persigue en definitiva proteger la vida y la integridad física y síquica de todas las víctimas de violencia intrafamiliar.

V. Conclusiones

El artículo 9 del Convenio 169 de la OIT, regla 2, que admite el uso de la costumbre indígena en asuntos penales, se encuentra limitado doblemente, al señalar: *“En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”*.

Ambas limitaciones se transgreden en caso de aprobarse un acuerdo reparatorio en delitos de violencia intrafamiliar, ya que: i) es absolutamente incompatible con el ordenamiento jurídico nacional toda vez que existe regla expresa que los prohíbe; ii) por otra parte, se desconocen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos para la erradicación de toda forma de violencia contra la mujer. Especialmente la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de

19 El reconocimiento de la violencia contra la mujer como un problema de derechos humanos, fue enfatizado con claridad por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de las Naciones Unidas, celebrada en Beijing, China, el año 1995, donde se señaló: “La violencia contra las mujeres es un obstáculo para el logro de los objetivos de igualdad, desarrollo y paz. La violencia contra la mujer viola y menoscaba o anula el disfrute por la mujer de sus derechos humanos y las libertades fundamentales Capítulo D, Párrafo 112, disponible on line en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf>, consultado el 9 de julio de 2012.

Belém do Pará, instrumentos internacionales vinculantes para Chile y que obligaron a nuestro país a adaptar su legislación nacional en materia de violencia intrafamiliar, proceso que culminó con la actual Ley N° 20.066.

De la sola lectura de la norma del artículo 9 del Convenio aparece que los métodos o costumbres de los pueblos indígenas para la resolución de conflictos penales, se encuentran limitados en cuanto a su aplicación, porque la misma contempla la posibilidad de colisión con disposiciones internas o con normas contenidas en otros tratados internacionales de derechos humanos. En cuyo caso, dichos métodos o costumbres aun existiendo no podrían aplicarse²⁰.

En todos los casos ventilados en tribunales en que se ha arribado a acuerdos reparatorios en causas VIF, el Ministerio Público ha sido categórico en señalar que la defensa del imputado no se ha hecho cargo de aportar prueba de ningún tipo para probar que los mapuches pongan efectivamente término a sus conflictos de índole penal mediante acuerdos o conciliaciones.

En el ámbito intrafamiliar, la violencia contra la mujer afecta la igualdad como derecho humano, ampliamente reconocido tanto en la Constitución Política del Estado como en Tratados Internacionales, generales o específicos. También se vulnera la igualdad ante la ley, ya que la mujer víctima de violencia no se encuentra posibilitada para ejercer sus derechos de forma equivalente a su agresor ante la ley.

VI. Anexo de fallos y análisis de sus argumentos²¹

Los principales fundamentos de las resoluciones de la Corte de Apelaciones de Temuco, al fallar recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Público ante resoluciones de Tribunales de Garantía que aprobaron acuerdos reparatorios, en causas seguidas por delitos en contexto de violencia intrafamiliar, son los siguientes:

1. Existencia de un derecho propio de la etnia mapuche

Este argumento, se encuentra presente en la base de algunas resoluciones de la Corte de Apelaciones de Temuco, como la dictada a propósito del recurso de apelación Rol Corte N° 1034-2011, según pudimos conocer del informe de los ministros recurridos a propósito del recurso de queja que el Ministerio Público intentó en dicha causa: “Tomar en consideración como derecho vigente, el CONVENIO 169 de la OIT y que actuar de otro modo implica no atender al denominado **“derecho propio de las etnias”** toda vez que el Conve-

²⁰ Lo anterior acorde a la norma 3.1 de la Convención de Viena sobre interpretación de los tratados, que señala que debe dárseles una interpretación de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del mismo, teniendo en cuenta su contexto, objetivo y fin.

²¹ Comprende fallos dictados hasta junio de 2012.

nio 169 a su juicio es plenamente compatible con el sistema jurídico nacional, siendo más especializado”.²²

2. Existencia de la costumbre mapuche de la negociación, fin de fortalecer al pueblo mapuche y a la familia

En este sentido se pronuncia la resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco, recaída en recurso de apelación Rol Corte N° 955-2011: “Que en este sentido, es un hecho público y notorio en esta Región, que las personas de la etnia mapuche, históricamente han resuelto sus conflictos, incluso algunos de mayor gravedad que los que motivan esta causa, mediante la negociación, por cuanto es propio de su cultura resolver de esta manera los conflictos, razón por la cual resulta plenamente aplicable el Convenio N° 169 ya referido por sobre la Ley 20.066.

Por otra parte, actuar de otra manera, impidiendo el término del conflicto de la forma que se ha producido, implicaría desintegrar a una familia que ha podido recomponerse mediante una solución que les parece justa, lo que estaría en contradicción con el Convenio ya referido que obliga a fortalecer la integración de los pueblos, más aún cuando de esta manera se contribuye a cumplir con el interés superior de fortalecer la familia de acuerdo a lo que establece la Constitución Política de la República”.²³

Similar fundamentación tiene la resolución de la Corte de Apelaciones de Temuco recaída en recurso de apelación Rol N° 43-2012 de fecha veinticuatro de enero de dos mil doce, con voto en contra de Ministro Vera Quilodrán.

3. Cita general a las normas del Convenio 169 de la OIT

En dicho sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Temuco, a propósito de recurso de apelación Rol Corte N° 388-2012: “Visto lo previsto en los artículos 9 y 10 del Convenio 169, artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República, SE CONFIRMA la resolución apelada de fecha dieciséis de mayo de dos mil doce, que decretó el sobreseimiento definitivo de estos antecedentes a consecuencia de haberse aprobado acuerdo reparatorio entre el imputado y víctima por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar”.

Argumentos del voto disidente del Ministro Sr. Alejandro Vera Quilodrán, quien fue del parecer de revocar las resoluciones que aprobaron los acuerdos reparatorios, teniendo en cuenta que:

22 Causa Ruc 1100832780-9.

23 Considerando cuarto.

- 1.- La multiculturalidad, participación y democracia, pilares fundamentales de toda sociedad democrática, suponen como límites los principios de protección de la igualdad de trato y de no discriminación.
- 2.- Que muchas de las políticas o medidas atentatorias contra la mujer han sido justificadas bajo el alero de valores culturales, sustentados en creencias o de valores morales. Así han encontrado su razón de ser, por ejemplo las mutilaciones sexuales de la Africa subsahariana. Más aún, ese tipo de situaciones pueden ser aparentemente aceptadas por las mujeres, lo que no evita la sombra de duda respecto de si ello se explica más por presiones y miedos que por un sano ejercicio de la libertad de decisión.
- 3.- Que el origen de la violencia es por si un elemento de discriminación, y son justamente la situación de genero, cultura o su lengua las que en ocasiones erradamente avalan ese origen.
- 4.- Que todo ejercicio de derechos supone limitaciones, entre ellas la garantía de la no discriminación y no afección de la integridad física.
- 5.- Que en caso de pugna de un derecho de auto determinación de un pueblo versus el derecho a la integridad física debe interpretarse de manera que ambos maximicen su vigencia.
- 6.- Que en el caso de autos el artículo 9 de Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en los países independientes, establece un límite para las represión de los delitos cometidos por su miembros y ese límite es “el ordenamiento jurídico nacional” en el caso de autos el artículo 19 de la ley 20.066, sumado al respeto de la integridad física de toda persona y la no discriminación que se consagra en el artículo 19 N° 1 y 3 del Constitución Política de República de Chile y los “derechos internacionalmente reconocidos” (no habla de tratados sobre derechos humanos ratificados y vigentes en el país, los que deben entenderse incorporados en el primer grupo, ordenamiento jurídico nacional) entre ellos la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”, en las que se afirma que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades y “porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”.
- 7.- Que asimismo, debe entenderse que la convención de Belém do Pará, constituye una referencia de interpretación a la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada y vigente en Chile y, de acuerdo al artículo 7.b de dicho Tratado y artículos 8 y 25 de la Convención Americana, el Estado de Chile, tiene el deber de actuar con la debida diligencia, para

investigar y sancionar este tipo de violencia. Más aún, teniendo en cuenta, que aprobar un acuerdo reparatorio de la naturaleza que se debate, constituye un factor adicional de revictimización que puede llevar a investigaciones ineficaces e inoperantes²⁴.

- 8.- La multiculturalidad y el respeto de las costumbre de los pueblos indígenas debe reconocer como limite la cosificación y degradación de la mujer, aun con su aparente anuencia, lo que obliga a revocar un sobreseimiento definitivo originado en el acuerdo reparatorio entre una mujer supuestamente agredida por su cónyuge o conviviente, por razones de derechos fundamentales y no simplemente en la perspectiva ilusoria de la igualdad en la capacidad de negociación amparada en aspectos culturales.²⁵

Sólo en una causa la Corte de Apelaciones de Temuco revocó un acuerdo reparatorio en VIF, pero por razones de índole procesal. En causa Rol Corte de Apelaciones N° 169-2012, de fecha cinco de marzo de dos mil doce.

“Atendido el mérito de los antecedentes, lo expuesto por los intervinientes en audiencia, teniendo presente la naturaleza del delito, que no se trata de aquellos cuyo bien jurídico sea disponible, y el tenor del artículo 241 del Código Procesal Penal, se resuelve que **SE REVOCA** la resolución apelada que decretó el sobreseimiento definitivo, y en su lugar se orden la continuación del proceso de acuerdo a las normas correspondientes.-

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Álvaro Mesa Latorre, quien estuvo por confirmar la resolución en alzada atendido el merito de lo ya resuelto en causas Rol 315 y 592 sobre recursos de queja citados por la defensa”.

Con motivo de las resoluciones de la Corte de Apelaciones de Temuco en este tema, el Ministerio Público interpuso tres recursos de queja ante la Corte Suprema, con los siguientes resultados.

1ra causa Rol N° 10.635-11, RUC 1100529076-9, seguida contra Y.C.R., por dos delitos de lesiones menos graves contra su hermana y madre, se resolvió con fecha cuatro de enero de dos mil doce, rechazar recurso de queja deducido por el Ministerio Público, por los siguientes fundamentos:

- 1.- Las cuestiones de interpretación no constituyen falta o abuso, por lo que no corresponde hacer uso de la vía disciplinaria.
- 2.- Existe pugna entre Art. 19 LVIF y Convenio 169 de la OIT, siendo la última muy clara, no hay lugar a mayor interpretación²⁶.

24 En causa Rol CA 388-2012, una de las condiciones del acuerdo reparatorio fue el sometimiento a terapia de pareja.

25 Fallos en los que se expresa su voto disidente, Rol 43-2012 y 4388-2012.

26 Santiago, cuatro de enero de dos mil doce.
Vistos y teniendo presente:

1° Que a fs. 13, comparece el abogado Sr. Roberto Chifelle Márquez, en su calidad de Fiscal Regional (S) de la Araucanía, quien deduce recurso de queja contra los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco Sr. Álvaro Mesa Latorre, Sr. Héctor Toro Carrasco y Sr. Julio César Grandón, por la sentencia que pronunciaron el 27 de octubre de 2011 y por la cual confirmaron la resolución del Juez de Garantía de Lautaro, adoptada en la causal Rit 461-2011, RUC 1100529076-9, seguida contra Y.C.R., en cuya virtud se había aprobado un acuerdo reparatorio celebrado entre el imputado y las víctimas de ese proceso, que corresponde a una investigación por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, con lo cual se dispuso, en consecuencia, el sobreseimiento definitivo de la causa.

Explica el recurrente de queja, que el día 25 de mayo de 2011, C.R. insultó a su hermana E.C.R. e intentó agredirla, saliendo en su defensa su madre y dos de sus hermanos, a quienes golpeó el primero, resultando la madre de la primera ofendida y sus hermanos con lesiones leves, que de conformidad a lo prevenido en el Código Penal, deben ser estimadas como menos graves.

En la audiencia correspondiente, antes que el imputado contestara en los términos del artículo 395 del Código Procesal Penal, la defensa alegó que aquél pertenecía a la etnia mapuche y que regía, en consecuencia, a su respecto, el Convenio 169 de la OIT que, en particular en sus artículos 9 y 10, establece que en las cuestiones penales debe tenerse en consideración la costumbre de esos pueblos y que en tales casos se buscaba recomponer el equilibrio al interior de la familia y la comunidad, lo que en el Código Procesal Penal correspondía a un acuerdo reparatorio; los que, a pesar de estar prohibidos en la ley 20.066, el Convenio 169 de la OIT debe primar sobre la citada ley.

El recurrente de queja aduce que procuró en esa audiencia que el tribunal rechazara la solicitud del defensor, desde que el artículo 19 de la ley 20.066 prohíbe de modo expreso los acuerdos reparatorios, toda vez que de manera empírica se ha demostrado que tales soluciones resultan ser débiles por no existir pie de igualdad entre los intervinientes y, además, por aplicación del principio de especialidad, en cuya virtud debe aplicarse el artículo 19 de la ley 20.066 por sobre el Convenio 169 de la OIT.

Sin embargo, el juez acogió la solicitud de la defensa, aprobó el acuerdo y sobreseyó la causa, ante lo cual apeló el Ministerio Público, fundado precisamente en que el artículo 19 de la ley 20.066 es una norma de carácter prohibitivo; y, además, en que el artículo 9 del mismo Convenio 169 de la OIT citado por la defensa, ordena que “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional... deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurran tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Asimismo, se alegó ante los Ministros recurridos, que era una cuestión de prueba si el acusado pertenecía o no a la etnia mapuche, lo que no se cumplió; como tampoco se explicó en qué consistía el método indígena, ni se permitió argumentar en torno a la forma de probar la existencia de ese método y su pertinencia al caso concreto, sino que simplemente se supuso que el acusado era indígena y también se supuso que en esa etnia los conflictos de violencia intrafamiliar se zanjaban con disculpas públicas.

2° Que en el informe evacuado por los recurridos y que corre agregado a fs. 37, se explicó que los involucrados tienen la calidad de mapuches por así establecerlo el artículo 2 de la ley 19.253, que considera como tales a los que poseen al menos un apellido de ese origen.

Sobre las demás imputaciones, el único juez que suscribió el informe, precisó que los demás argumentos del fallo están contenidos en los considerandos 2°, 3° y 4° de la sentencia, sin que se advierta la comisión de falta o abuso alguno.

3° Que la primera cuestión que se evidencia del recurso, es que tanto ante el Juez de Garantía de Lautaro como ante la Corte de Apelaciones de Temuco, se discutió sobre la procedencia y/o aplicación del Convenio 169 de la OIT al caso concreto, en relación a dos cuestiones fundamentales: primacía de esa norma por sobre la ley especial de violencia intrafamiliar, o, de contrario, de aquel Convenio sobre esa Ley; y, luego, dos cuestiones de prueba: si los involucrados pertenecían o no a la etnia mapuche y cuál sería el sistema de resolución de conflictos en ésta.

4° Que, claramente, la primera cuestión es de interpretación jurídica, puesto que ha de razonarse en torno a si el Convenio, en cuanto tratado internacional incorporado al orde-

Con los votos en contra de los Ministros Sres. Rodríguez y Ballesteros²⁷.

2da causa Rol N° 11.616-11 RUC 1100832780-9.

La Corte Suprema sostuvo que los ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco interpretaron dentro de sus facultades privativas, las disposiciones legales que atañen a la materia sometida a su conocimiento, consignando los adecuados razonamientos que conforme a esas prerrogativas, sostienen su decisión de rechazar el recurso de apelación deducido en contra de la sentencia dictada por el Sr. Juez de Garantía de Temuco que sobreyó definitivamente la causa, de tal modo que no se ha demostrado falta o abuso grave susceptible de ser enmendado por esta vía.

3ra causa Rol N° 592-12, Ruc1100920664-9. La Corte Suprema declara inadmisibles quejas, con fecha, veinticinco de enero de dos mil doce. Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A.,

namiento jurídico interno, lo hace como ley común o con rango constitucional, de modo que sólo en este último caso pudiera tener preeminencia sobre la ley 20.066. Pudiera también generarse discusión en torno a la especialidad de los cuerpos normativos, puesto que uno atiende al hecho y el otro, a los sujetos.

Pero, sea cual sea la discusión, el tema es de interpretación legal.

5° Que, de otra parte, la segunda cuestión, que corresponde a una de prueba, efectivamente no fue abordada por el Juez de Garantía de Lautaro, pero sí lo fue por la Corte de Apelaciones de Temuco, cuyos integrantes, conociendo de un recurso de revisión de hechos y de derecho, se encontró en situación de completar el fallo en esa parte y así lo hizo, puesto que precisó que los involucrados pertenecían a la etnia mapuche, por así estar dispuesto en el artículo 2° de la ley 19.253 y, luego, que es un hecho público y notorio en esa zona que los mapuches solucionan sus conflictos a través de la negociación, en cuya virtud bien podían arribar como solución satisfactoria para todos ellos, a una disculpa pública.

6° Que en este escenario, ocurre que en cuanto se impugna una cuestión de interpretación, esta Corte ha resuelto en fallos anteriores que no corresponde hacer uso de la vía disciplinaria cuando la supuesta grave falta o abuso se hace consistir en una determinada interpretación jurídica, puesto que la simple circunstancia de no compartirse los razonamientos de los jueces no puede en ningún caso conformar una falta o abuso, siempre que se hayan señalado los motivos o razones por los cuales se ha concluido de una u otra forma, que es lo que ha ocurrido en la especie.

Además, y en lo que atañe a las cuestiones probatorias, los argumentos que se han esgrimido por la Corte –disposición legal y hecho público y notorio en la zona– son válidos y, por ende, no susceptibles de revisión en esta sede.

7° Que, en consecuencia, no se advierte de los antecedentes de autos que se haya incurrido en la grave falta o abuso que se reclama, por lo que esta acción disciplinaria no puede prosperar.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se rechaza el recurso de queja deducido en lo principal de fs. 13 por el Fiscal Regional (S) de la Araucanía Sr. Alberto Chifelle Márquez.

27 “Siendo una norma prohibitiva, simplemente no se pueden celebrar acuerdos de ningún tipo, en forma ni bajo condición alguna. Siendo una disposición muy clara, independientemente de su jerarquía legal, no precisa interpretación alguna. Excluye el método indígena si es incompatible con el sistema jurídico nacional. No habiendo nada que interpretar, simplemente no debía aplicarse”.

Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el abogado integrante Sr. Luis Bates H.²⁸.

28 Santiago, veinticinco de enero de dos mil doce.

Vistos y teniendo presente:

1°.- Que el recurso de queja tiene, por exclusiva finalidad, corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional.

2°.- Que por medio del recurso interpuesto a fojas 13, se impugnan dos sentencias que se han pronunciado sobre el mismo asunto y en el mismo sentido, con lo que queda de manifiesto que el recurrente pretende discutir en sede disciplinaria un asunto ya resuelto a través de las instancias respectivas, lo que importa que ya se ha hecho uso de otros recursos legales.

De conformidad, además, con lo dispuesto en el N° 19 del Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo de Recurso de Queja y letra a) del artículo 549 del Código Orgánico de Tribunales, **se declara inadmisibile** el recurso de queja interpuesto en lo principal de fojas 13.

Al primer otrosí, a sus antecedentes. Al segundo y tercer otrosí, téngase presente.

Regístrese y archívese.

Rol N° 592-12.

COMENTARIO A LA SENTENCIA CONDENATORIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE PUENTE ALTO, POR LOS DELITOS DE VIOLACIÓN IMPROPIA REITERADA, ESTUPRO Y PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN INFANTIL

Macarena Car Silva¹

El niño de la calle como excluido social puede ser tratado como un desecho social, como inservible, pues el paso del discurso de “siempre han existido” al de “hasta cuando van a existir” no es grande².

De las víctimas de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (ESCNNA), sin lugar a dudas, las más invisibles son aquellos niños, niñas y adolescentes en situación de calle, o los también llamados por la literatura como “niños de la calle”.

Se trata de niños físicamente visibles, ya que deambulan por la ciudad, pero cuyas necesidades son invisibilizadas tras la estigmatización, la discriminación de que son objeto.

Usualmente, y al contrario de como se podría pensar, los niños de la calle no son niños huérfanos, vienen de familias poco contenedoras, incluso “(...) muchos todavía mantienen un contacto con sus familias y trabajan en las calles para aumentar los ingresos del hogar. Muchos otros han huido de sus casas, a menudo como consecuencia de malos tratos psicológicos y físicos o el abuso sexual. La mayoría son niños, debido a que parece que las niñas soportan al parecer por más tiempo las situaciones abusivas o explotadores en el hogar, aunque una vez que abandonan su hogar y su familia, las niñas tienen menos probabilidades de regresar”³.

En medio de una situación material, pero por sobre todo emocional, carencia tan extrema, estos niños acuden a la droga, la que se constituye en un elemento que cumple diversas funciones: alimento, analgésico, amnésico, elemento de socialización y pasatiempo.

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

2 “Niños y niñas de la Calle”, Serie Estudios y Seminarios, Servicio Nacional de Menores, 2004, p. 13.

3 “Niños y niñas de la calle”, Estado Mundial de la infancia 2006, UNICEF. En: www.unicef.org/spanish/sowc06/profiles/street.php.

La presente sentencia, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, en la causa RUC 0901073660-6, con fecha 7 de agosto de 2012, desde el punto de vista de las víctimas reúne a niños que se corresponden absolutamente con las descripciones ya referidas, y desde el lado del acusado, a un sujeto que tiene un modus operandi claro, que presentando un perfil psicológico complejo y notorios rasgos pedófilos, se constituye en un verdadero depredador sexual y proxeneta.

Los hechos sometidos a decisión del Tribunal fueron los siguientes:

Hecho 1:

“En diversas ocasiones, ocurridas durante el año 2008, en el inmueble ubicado en calle XXX N°XX, Puente Alto, el imputado R.A.P.G.A., procedió a realizar actos de significación sexual y relevancia, mediante contacto corporal y afectando los genitales y ano del menor de iniciales M. A. A. M., de 13 años de edad, a la época de ocurrencia de los hechos, consistentes en tocar y manipular con sus manos el pene y glúteos del menor; succionar con su boca los genitales del menor; frotar y presionar con su pene la zona anal del menor; y accederlo carnalmente, introduciendo su pene en el ano del menor”.

Hecho 2:

“En diversas ocasiones, ocurridas en el transcurso de los años 2008 y 2009, en el inmueble ubicado en calle XXX, Puente Alto, el imputado R.A.P.G.A., abusando del grave desamparo en que se encontraba su víctima, producto de su situación de calle, consumo de drogas y alcohol, procedió a realizar actos de significación sexual y relevancia, mediante contacto corporal y afectando los genitales y ano del menor de iniciales N. I. LL. G., de 12 años de edad a la fecha de inicio de los hechos, consistentes en tocar y manipular con sus manos el pene y glúteos del menor; succionar con su boca los genitales del menor; frotar y presionar con su pene la zona anal del menor; y accederlo carnalmente, introduciendo su pene en el ano del menor”.

Hecho 3:

“En diversas ocasiones, ocurridas en el transcurso de los años 2008 y 2009, en el inmueble ubicado en XXX, Puente Alto, el imputado R.A.P.G.A., abusando del grave desamparo en que se encontraba su víctima, producto de su situación de calle, consumo de drogas y alcohol, procedió a realizar actos de significación sexual y relevancia, mediante contacto corporal y afectando los genitales y ano del menor de 18 años edad de iniciales A. E. O. P. L., consistentes en tocar y manipular con sus manos el pene y glúteos del menor; succionar con su boca los genitales del menor; frotar y presionar con su pene la zona anal del menor; y accederlo carnalmente, introduciendo su pene en el ano del menor”.

Hecho 4:

“En diversas ocasiones, ocurridas en el transcurso de los años 2008 y 2009, el imputado R.A.P.G.A., con habitualidad y abusando de la confianza de sus víctimas producto de la ayuda que les brindaba a raíz del grave desamparo en que se encontraban diversos menores de 18 años que pernoctaban en las caletas de la región metropolitana, entre los que estaba el menor A. E. O. P. L., promovió y facilitó la prostitución de tales menores, exigiéndoles que se trasladaran hasta diversas calles de la comuna de Providencia, se subieran a los vehículos que se detuvieran, accedieran a los requerimientos sexuales de las personas, cobrándoles sumas desde los 10 mil a los 25 mil pesos y que compartieran con él parte de las ganancias obtenidas”.

Hecho 5:

“En el transcurso de los años 2008 y 2009, en el inmueble ubicado en calle XXX, Puente Alto, el imputado R.A.P.G.A., abusando del grave desamparo en que se encontraba su víctima, producto de su situación de calle, consumo de drogas y alcohol, procedió a realizar actos de significación sexual y relevancia, mediante contacto corporal y afectando los genitales del menor de iniciales G. I. A. T., de 13 años de edad a la época referida, consistentes en tocar y manipular con sus manos el pene del menor”.

Los hechos precedentemente expuestos fueron calificados de la siguiente manera: Los hechos N°1 y 2, como violación impropia consumada, prevista y sancionada en el artículo 362 del Código Penal, en calidad de reiterada; el hecho N°3 como el delito de estupro reiterado, establecido en el artículo 363 N°3 del Código Punitivo; el hecho N° 4 como el delito de promoción y facilitación de la prostitución infantil, en grado de consumado, con la agravante de habitualidad del inciso 2° del artículo 367 del Código Penal y finalmente el hecho N°5 como abuso sexual consumado, establecido en el artículo 366 bis del mismo cuerpo legal.

En todos los ilícitos, al imputado se le atribuyó participación en calidad de autor, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal.

En conjunto por los todos los hechos se solicitó la aplicación de una pena única de 18 años de presidio mayor en su grado máximo (habida cuenta de la existencia de la agravante de reincidencia específica establecida en el artículo 12 N°16), más las accesorias legales establecidas en los artículos 28 y 372 del Código Penal.

Cabe señalar que la decisión del tribunal fue condenatoria para cuatro de los cinco hechos por los cuales se acusó al encartado.

En efecto, se condenó por los delitos de violación impropia reiterada y estupro reiterado, además de promoción y facilitación de la prostitución infantil, absolviendo al acusado por el delito de abuso sexual, toda vez que el tribunal

estimó que la prueba presentada por el Ministerio Público carecía de la contundencia suficiente para derribar el principio de inocencia en este caso.

Con todo, el tribunal condenó al encartado a sufrir una pena ascendente a 17 años de presidio mayor en su grado máximo por los delitos de violación impropia y estupro reiterados y además a una pena de 5 años y un día como autor del delito de promoción y facilitación de la prostitución infantil, más una multa de 15 Unidades Tributarias Mensuales, además de las accesorias solicitadas por el ente persecutor.

La dinámica delictiva

Al margen de los hechos que se tuvieron por probados jurídicamente, y a modo de hacer más comprensible al lector la dinámica delictiva, es importante señalar que, a través de la prueba rendida en autos, se puede extraer un patrón conductual en el acusado que lleva a concluir que el sujeto en cuestión actuaba de una manera recurrente: recorría los puentes del Mapocho en busca de “caletas” en las cuales existieran asentamientos de niños que utilizaran ese espacio urbano para habitar. En particular, el acusado solía acudir a la caleta ubicada bajo el puente del Arzobispo (en la comuna de Providencia) y tomar contacto con niños y adolescentes de sexo masculino, entre los 9 y 17 años, para ofrecerles alcohol y drogas, socializar con ellos para luego invitarlos a pasar una temporada en su domicilio, en la comuna de Puente Alto.

Una vez allí, el consumo de sustancias tóxicas (entre las cuales figuraban la marihuana, pasta base, cocaína y solventes) y alcohol continuaban. De las declaraciones de las víctimas se desprende que en algún momento de la noche, los niños perdían el conocimiento (presumiblemente por la introducción de medicamentos inductores del sueño en sus bebidas alcohólicas) y a la mañana siguiente despertaban desnudos (en todo o parte) y adoloridos en la zona anal y genital, y algunos incluso con dificultades para caminar.

Esto queda claro de las aseveraciones hechas por el tribunal en el considerando quinto, al analizar la declaración de un testigo de los hechos: *“(...) coincidió el modus operandi del sujeto en cuanto a los hechos –además de ir a buscar a menores al Puente El Arzobispo–, porque señaló que los invitó a alojarse a su casa, una vez en ésta, además de comer y dormir, se drogaban y bebían alcohol –situación referida también por las víctimas– y el testigo P.G. señaló además que personalmente fumaba en esa casa pasta base, y que en una oportunidad cuando él estaba allí con su hermano, se sentían mal, R. les dio unas pastillas, pensaron que era para el dolor de cabeza y no era para eso sino que para dormir, con su hermano A.G. –probablemente el niño A. que el carabinero Catalán Vicencio refirió– sintieron sueño, se quedaron dormidos, despertaron y vio que su cinturón del pantalón estaba desabrochado, su hermano era mayor que él, no sabían que había pasado, bajo el hermano de R., “el macha”, y les dijo que el R. mientras dormían abusaba de ellos sexualmente...”*

Reafirma lo anterior la declaración de la víctima del hecho N°1, como expresa el tribunal en el mismo considerando: *“El relato anterior evidentemente dio cuenta de un acceso carnal vía anal, en donde después de que el menor se tomó su segundo vaso de cerveza se quedó dormido –es dable pensar que el acusado puso algún medicamento en ésta– y sólo despertó al día siguiente, sin ropa, con dolor para caminar en el trasero y con cosas como “moco” –o sea, semen– que le salían desde ese sector. Señaló el menor que después de ese episodio vio a R. dos veces más, y que a la tercera vez él lo invitó a su casa, señalando que accedió a ello porque tenía miedo de volver a su casa porque le había robado la bicicleta a un amigo de su papá”.*

Cabe señalar que, de la prueba vertida en el juicio, y específicamente de los testimonios de contexto aportados por los profesionales de las instituciones abocadas al trabajo con niños en situación de calle que depusieron en estrados (y que se constituyeron como los denunciadores de los hechos), y de acuerdo a los relatos aportados por diversos niños que poblaban la caleta del Punte del Arzobispo, se logró acreditar que el acusado, una vez que se llevaba a sus víctimas a cohabitar con él, como exigencia para la entrega de alcohol, drogas, alimento, regalos y la posibilidad de pernoctar en su casa, imponía condiciones que implicaban la obtención, por su parte, de distintos servicios sexuales de los niños, que iban desde los simples tocamientos hasta la práctica de conductas masturbatorias o penetrativas.

Lo anterior cobra suma relevancia desde una perspectiva fenomenológica, toda vez que lo que el acusado hacía no era otra cosa que “poner precio” a los bienes y servicios prestados por su parte, lo que pone en el tapete el “intercambio” necesario para que se puedan distinguir sus conductas de ser “simplemente abusivas” (a la vez de ser constitutivas de delitos de abuso sexual, violación y estupro, dependiendo de las edades de los niños), a ser derechamente acciones constitutivas de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes, como perpetrador primario o cliente.

Mas esta no es la única modalidad en la que el acusado opera como explotador de niños, sino que además, de acuerdo a lo señalado en la propia acusación, en el hecho N°4, el acusado se constituyó como proxeneta, utilizando la violencia y la amenaza para manejar a la víctima.

En efecto, en el considerando octavo, al analizar la prueba rendida respecto del hecho N°4, respecto de la declaración de un funcionario policial se señala: *“En el mismo sentido don Manuel Alejandro Núñez Arias indicó que escuchó del relato de A. que recordaba en una ocasión que R. lo fue a buscar a la caleta del Puente del Arzobispo para obligarlo que se vista de mujer, pare en una esquina y prostituya, haciendo que el vehículo que se parara, se subiera a éste y cobrara entre \$10.000 a \$25.000 pesos por tener relaciones sexuales con esas personas, él logró ganar harto dinero pero R. lo golpeaba y agredía frecuentemente, lo que hizo que A. se aburriera e hizo que buscara protección”.*

El caso sometido a conocimiento del tribunal planteó diversas complejidades que se debieron abordar en la sentencia, en razón de la calidad y complejidad de las víctimas, la contundencia de la prueba física (para los delitos de violación y estupro), y la naturaleza y elementos típicos del delito de favorecimiento y facilitación de la prostitución infantil.

1. La complejidad de las víctimas, el contenido de sus declaraciones y su comparecencia a estrados

Al inicio de la audiencia de juicio oral, el Fiscal anunció al tribunal, en su alegato de apertura, que a estrados comparecerían tan solo dos de las cuatro víctimas y que las declaraciones de las mismas era de esperar que fueran incompletas respecto de los hechos por los cuales se acusaba al encartado, motivo por el cual los magistrados debían poner su atención no sólo en la prueba directa producida en juicio, sino además a la abundante prueba indiciaria que se habría de producir, a través de las declaraciones de testigos (policías, familiares de los niños y profesionales del área psicosocial que intervenían con las víctimas) y peritos.

Lo anterior se explica, desde la fenomenología, por el perfil propio de las víctimas⁴.

En efecto, se trata de niños, preadolescentes y adolescentes de sexo masculino que, por una parte, no se identifican con el rol de víctima, pues algunos de ellos sienten tanta vergüenza y estigmatización con ocasión del despliegue de cierta actividad sexual de naturaleza homosexual que habrían tenido con el acusado, que simplemente omiten u ocultan información, por una parte, a la vez que en círculos más íntimos son capaces de reconocer la existencia de tales actos como estrategia de sobrevivencia.

Por otra parte, cabe recordar que se trata de niños sumidos en condiciones de total y absoluto abandono y en un estado total de desamparo, en medio del cual acuden a la droga para paliar el dolor que les provoca el hambre y la falta de contención y amor. Por tanto, son niños que caen constantemente en eventos de intoxicación alcohólica y por otras sustancias tóxicas, que deambulan por la ciudad y que lejos de tener compromiso alguno con el proceso penal, desaparecen y se vuelven inubicables por espacios prolongados de tiempo, lo que dificulta su comparecencia a estrados.

Cabe destacar que esta complejidad propia de las víctimas es comprendida por el tribunal, que no obstante su falta de comparecencia (en particular respecto de la víctima de los hechos 3 y 4) es capaz de tener por establecida la existen-

⁴ Ver artículo: “EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (ESCNNA): UN FENÓMENO INVISIBLE”, Revista Jurídica del Ministerio Público N°42, pp. 163 y siguientes.

cia de los hechos y la participación del imputado, refiriéndose a la ausencia de su relato, como prueba directa, en los siguientes términos:

“SÉPTIMO:... Que previo a analizar la ocurrencia del ilícito, se debe indicar dos cosas. La primera, que el menor A. O.P.L. no compareció a audiencia de juicio –cuestión que casi aconteció con N.–, simplemente no pudo ser ubicado, de lo cual se infiere que aún continúa en situación de calle. Lo anterior en todo caso no fue obstáculo en el Tribunal para condenar en relación a los ilícitos pertinentes, por cuanto su declaración fue suplida por otros medios de prueba, que resultaron suficientes, concordantes y precisos. Aún en el supuesto que hubiese comparecido el menor, lo más probable es que tampoco hubiese relatado los hechos de una manera pormenorizada, por lo que su ausencia en el juicio no fue óbice para emitir un pronunciamiento de condena”.

Es importante señalar que la falta de declaración de la víctima, y la falta de precisión respecto de la cantidad de veces en que tuvo lugar el acceso carnal por parte del acusado a ésta, y las fechas en que aquellos episodios ocurrieron, no fue óbice para que el tribunal, apreciando la prueba conforme a la sana crítica, pudiese tener por establecida la reiteración de delitos, lo que queda de manifiesto en el mismo considerando séptimo (destacados nuestros): *“Que de esta manera, se acreditó que hubo un acceso carnal vía anal, mediante la acción de la introducción del pene del sujeto sindicado como R. en el ano del menor A. E.O.P.L. en diversas oportunidades, menor que se encontraba en un grave desamparo producto de su situación de calle consumo de drogas y alcohol. En cuanto a la frecuencia en lo que esto ocurrió, si bien la madre del adolescente no refirió si fue en una o varias oportunidades –más bien habló en general de que esto ocurría– y en relación al episodio de diciembre que le contó al médico dijo en 3 oportunidades, sin especificar si fue de una sola vez o días distintos, del simple análisis de estos antecedentes ya se puede apreciar que existió la oportunidad de mediados del año 2009, más la situación de diciembre, por lo que al menos hubo esas dos ocasiones diversas, cumpliéndose en virtud de lo anterior con la reiteración, por cuanto sería casi imposible exigirle al menor que precisase los días y cantidad de veces exactas en que el sujeto lo accedió carnalmente, por la misma situación de calle, carencias y abandono de A.. No es posible exigirle precisión y certeza en cuanto a fechas y circunstancias del abuso, lo que unido a la edad que tenía cuando se producen los abusos, nos explicamos dicha falta, pero ello no fue óbice a la hora de determinar la reiteración del ilícito, desde que de la prueba rendida por el persecutor fue posible determinar a lo menos los dos eventos de los que nos hemos referidos en los apartados que preceden”.*

En cuanto a la escasa información aportada por las víctimas del hecho N°1, el tribunal, entendiendo la dinámica victimal del niño y las repercusiones que en su funcionamiento tiene el absoluto desamparo en el que vive, la justifica en el siguiente tenor (subrayados nuestros): *“QUINTO:... En lo pertinente del relato del menor, M. señaló que a él también lo manosearon –narrando esto a propósito de que veía que entraban niños a la casa de 6 y 7 años y los tocaba–, le tocó el poto, el pene, por debajo de la ropa, cuando pasó esto pasaba abajo, arriba dormía el hermano y abajo había un sofá que se abría y hacia cama, en el living cuando R. lo*

tocaba no había más personas presentes, él le daba droga, le daba marihuana, pasta base, falopa –explicando posteriormente que eso era coca–, lo drogaba y se quedaba dormido, esto pasó como 10 o 15 veces, esto lo permitía porque se quedaba dormido, no sabía nada, esta persona lo tocaba, él lo obligaba, le tocaba el pene con su mano, con el poto, se quedaba dormido y no sabía nada, se refiere a eso cuando lo tocaban, despertaba y se daba cuenta que algo ocurría porque despertaba sin ropa, él se acostaba con ropa y cuando despertaba estaba sin ropa, en esas ocasiones que despertaba así, sentía dolor también, en el pene. A una consulta aclaratoria del tribunal, indicó que en esa casa cuando estuvo esos días también percibió este moco en el potito. ... En cuanto a las ocasiones, si bien el menor M. no fue capaz de dar fechas precisas ni cantidad exacta de veces, dado que estuvo viviendo con el acusado harto tiempo –su padre dijo que estuvo perdido como 6 o 7 meses y su hermana dijo que 5– se presume que gran parte de dicho periodo estuvo con el encartado, no resultando razonable pensar entonces que R. accedió carnalmente a éste sólo en una oportunidad y nunca más. De hecho, resulta evidente los motivos que tuvo para invitarlo a vivir a su casa”.

Misma situación queda de manifiesto respecto de la víctima del hecho N°2, como señala el tribunal en el considerando sexto (destacados nuestros): “SEXTO:... Se puede apreciar del relato anterior, que no reconoció de manera directa una violación en audiencia de juicio –al igual que M.– pero se puede inferir evidentemente, por qué se quedaba dormido y por qué despertaba sin ropa –de hecho, **el menor también lo sabe lógicamente, sólo que no lo quiso reconocer en audiencia**–, incluso él mismo indicó que pensaba que el sujeto le echaba pastillas al alcohol –¿resulta normal tener niños de tan corta edad en el domicilio ofreciéndoles alcohol y droga? Ciertamente no– siendo claro que acá también se repetía el modus operandi del acusado, pudiendo de esta manera abusar y violar a los niños”.

En cuanto a la dinámica de explotación en la que estaban insertos los niños, y que permite explicar, en gran parte, la falta de acuciosidad de sus relatos, su conducta frente a los hechos acontecidos y su falta de denuncia, la perito psicóloga Vania Karina Saavedra Díaz, quién, al referirse al daño psicológico de ambas víctimas, expresó al tribunal (subrayados nuestros): “SEXTO:... Indicó que en la vida de ellos –refiriéndose a N. y M.– respecto de la dinámica de explotación sexual es probable que ninguno de ellos se percibía como víctima y no tengan intención de relatar lo que vivieron, es probable que no hayan contado toda la información de lo que pasó, el agresor del hecho hizo que ellos se sintieron partícipes de la situación, en ambos el consentimiento era viciado, porque se daba bajo los efectos del alcohol o droga o que los iba a retribuir con algo, como alojamiento, cosas materiales, como N.”.

Llama poderosamente la atención cómo se vio reflejada en la sentencia la especial consideración que las sentenciadoras tuvieron por la situación vital de los niños y cómo logra visibilizarse explícitamente la complejidad característica de este tipo de víctimas.

2. Los resultados de las pericias sexológicas

El tribunal condenó al acusado, entre otros, por la comisión de los delitos de violación impropia reiterada y por el delito de estupro reiterado, delitos que, por su estructura típica requieren de un acceso carnal vía bucal, anal o vaginal, tal como rezan los artículos 362 y 363 del Código Penal.

Siendo así las cosas, es del todo evidente que una de las proposiciones fácticas fundamentales a ser probadas por el ente persecutor es, justamente, la existencia del acceso carnal, asunto que se acredita mediante los exámenes físicos realizados a las víctimas.

La lógica lleva a pensar que tratándose de penetraciones anales, víctimas de escasa edad habrían de presentar lesiones coherentes con los accesos carnales, sin embargo, en este caso particular, teniendo presente la forma en que se tuvo conocimiento de la existencia de los hechos –denuncia hecha por profesionales especializados en la intervención con niños de la calle– y el tiempo que medió entre la ocurrencia de los hechos y su denuncia, tales lesiones no existirían, asunto que fue debidamente ponderada por las Magistrados, en relación al resto de las evidencias producidas en la audiencia de juicio oral.

Es así que en el considerando quinto, refiriéndose a la víctima del hecho N°1, el tribunal señala (subrayados y destacados nuestros): *“En esta materia, se ha tenido presente que el juicio oral supone el juzgamiento de una persona –presumiblemente inocente, según nuestro ordenamiento constitucional y legal– contra el cual, el sostenedor de la acción penal le atribuye la comisión de un delito y para poder condenarlo por aquello, es menester superar un estándar de convicción que permita destruir dicha presunción, el cual se construye –argumentativamente– con la valoración de una multiplicidad de elementos que conduzcan, más allá de toda duda razonable, a ese nivel de certeza en el juzgador. Para ello, es exigible al poder estatal la rendición de pruebas, sean directas, indirectas o indiciarias, y siempre de una entidad tal, que no sólo haga verosímil el hecho, sino que inequívoca y razonablemente conduzcan al sentenciador a una condena. Opera aquí, en especial cuando el testigo de cargo es la persona ofendida, el principio de **la corroboración**, esto es, dotar de fuerza al argumento de la víctima, ya sea con nuevos datos, distintos e independientes, que apoyen la fuente de incriminación o con la lógica y claridad de su exposición.*

En el caso que nos preocupa, la citada declaración de la víctima –y sus testigos de oídas– se encuentra avalado también por peritos que declararon en juicio. En primer lugar, se tomó en consideración lo indicado por el médico del Servicio Médico Legal don Jorge Eduardo Ceballos Vergara, quien examinó al menor el día 4 de marzo del 2009 –o sea, el mismo día de la denuncia efectuada por su padre– señalando que la anamnesis la efectuó el padre del menor, quien le contó que hace 2 meses atrás su hijo había conocido a un individuo que lo penetró con el pene por el ano, no especificándole si la penetración fue al momento de conocerlo o posteriormente. Ya se señaló

en forma previa por qué se estimó que este perito se confundió en cuanto a dicha anamnesis, remitiéndonos a lo ya razonado. Dicho perito indicó que posterior al examen del menor y dentro de sus conclusiones, en el ano no encontró lesiones, ni en la piel, ni en la mucosa y tampoco encontró lesiones en el esfínter anal, concluyendo que no era posible confirmar pero tampoco descartar el relato, explicando lo anterior en base a que a veces la penetración puede ser parcial y no del pene completo, o sea traspasar el umbral del esfínter y no provocar daño, que **no siempre deja lesiones la penetración anal**, y envió a psicología al menor porque en la labor de asesorar a los Tribunales, independiente que sea la Fiscalía o Defensoría, dado que no encontró evidencia física y la condición del niño presente, sugirió que se buscasen secuelas o daños de tipo psicológico.

Que en virtud de lo anterior, si bien la prueba científica no dio cuenta de lesiones en la zona anal del menor, hemos considerado el aserto del perito médico don Jorge Eduardo Ceballos Vergara, que explicó las razones por las que no siempre se encuentran lesiones en la piel, mucosa y zona anal, aseverando que el menor pudo ser penetrado sin que dejase lesión –cuestión que resultó coincidente con el perito que examinó al menor A., don Lionel Eduardo Rosales Roa– quien explicó que no se encontraron lesiones porque pudo haber existido penetración parcial del pene, por ello, no confirmaba la penetración anal, pero **tampoco la descartaba**, lo que lo motivó para enviar al menor a fin de que se realizara los exámenes psicológicos pertinentes para pesquisar existencia de daño”.

De la misma forma el tribunal tiene por establecida la existencia del acceso carnal en el caso de la víctima del hecho N° 3, señalando en el considerando séptimo (subrayados nuestros): “De esta manera, contamos con cuatro personas que escucharon el relato del menor, en donde todos coincidieron en indicar que A. había referido tener relaciones sexuales con el sujeto –incluso dos funcionarios que escucharon su relato en distinta oportunidad señalaron que R. también lo obligaba a que lo penetrara a él– evidentemente vía anal, pese a que el perito médico no lo dijo sino que señaló que el menor le habría referido que fue violado por este sujeto, de lo cual se infiere que se estaba refiriendo a violación anal lógicamente –A. es de sexo masculino– y por tal razón es que el médico revisó sus genitales, pese a que no confirmó penetración anal dentro de los últimos 7 días, no la descartó tampoco, por cuanto indicó que no siempre en una penetración anal se dejan lesiones, hay muchas cosas que influyen, la principal es la contenido continente, capacidad del ano de dilatarse, violencia, tamaño del pene, que influyen muchas cosas. De esta manera, si consideramos que A. fue examinado el 20 de enero del 2010 y señaló que esa violación habría sido en diciembre del 2009, mal podría haber tenido lesiones en la zona anal –por cuanto el médico indicó que de 7 días hacia atrás no se podían detectar– sobre todo tomando en cuenta que tanto este perito como el que examinó a M. indicaron que no siempre la penetración anal deja lesiones. De este modo, no cabe duda alguna para el Tribunal que existió un acceso carnal vía anal en relación a A., cuando éste era menor de 18 años”.

Como era de esperarse, respecto de los dos puntos ya analizados, la defensa, ante el análisis de la prueba hecho por el tribunal en los considerandos ya referidos, a su turno, impugnó la sentencia recurriendo de nulidad.

En efecto, el recurso de nulidad tuvo como causal principal la establecida en la letra e) del artículo 374 en relación al artículo 342 del Código Procesal Penal.

A juicio de la defensa, se habrían vulnerado las normas de apreciación de la prueba, entre otras cosas, por el hecho que, respecto de los hechos N°3 y 4, los sentenciadores habrían violado las reglas de la lógica al no señalar los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados los hechos de la acusación y las circunstancias que se dieron por probadas limitándose a “inferir y suponer hechos”.

En el particular, señala, respecto del hecho N°3, que el tribunal lo tuvo por acreditado con medios de prueba indirectos, sin que la víctima siquiera haya concurrido a declarar, sino que sustentándose en los testimonios de una testigo y sumado a ello, que el perito del Servicio Médico Legal no pudo confirmar penetración anal dentro de los últimos siete días no encontrando tampoco lesiones anales antiguas.

Respecto de las alegaciones de la defensa, en este sentido, en la sentencia de fecha 24 de septiembre de 2012, la Iltrma. Corte de Apelaciones de San Miguel, en su considerando décimo, señaló al efecto: *“DÉCIMO: Que conforme a lo razonado y constatado en el caso de autos, la existencia de medios de prueba suficientes que permiten comprobar, más allá de toda duda razonable, la presencia de todos los elementos del tipo penal y, en definitiva la existencia de los delitos de violación y estupro de carácter reiterados y la facilitación a prostitución de menores y la participación punible del acusado en ellos, no es posible ejercer reproche alguno a la decisión que el Tribunal a quo ha adoptado, ni afectar de ningún modo la construcción argumental que justifica su resolución en el marco de un proceso justo y racional, ni alterar la convicción condenatoria que obtuvieron los magistrados, quienes, además, analizaron la prueba en forma pormenorizada, haciéndose cargo de todas las alegaciones planteadas”*.

3. Respecto de los elementos típicos del delito de promoción y facilitación de la prostitución infantil

Teniendo presente que son pocos los casos que, desde la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, han llegado a conocimiento de Tribunales Orales en lo Penal por el delito de promoción y facilitación de la prostitución infantil, es del todo relevante destacar aquellos elementos jurisprudenciales que permitan entender cuáles son los nudos críticos, en términos jurídicos, al momento de tener por establecida la existencia de este hecho punible.

Cobran relevancia entonces, el alcance la de expresión “promover”, la existencia de ánimo del agente, la obtención de lucro y el concepto de habitualidad de la figura agravada del inciso 2° del artículo 367 del Código Penal.

Siguiendo a la doctrina mayoritaria, el Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto, a ese respecto, en el considerando octavo señala (subrayados nuestros): *“Que el delito de promoción y facilitación a la prostitución de menores, se encuentra establecido en el artículo 367 del Código Penal, distinguiéndose en ambos incisos diversas conductas. En primer término, la figura del artículo 367 inciso primero del Código Penal, sanciona al sujeto que promueve o facilita la prostitución de menores de edad y que tal conducta –de modo copulativo– tenga por finalidad satisfacer los deseos de otro. Así, se colige de la norma en comento, que al sujeto activo se le exige promover o facilitar; incitar o determinar a un menor a ejercer la prostitución, sin distinguir si dicho menor comenzó esta actividad con el proxeneta o continuó a su amparo una prostitución ya iniciada con antelación a dicha intermediación, siendo del todo indiferente para la norma si el intermediador obtuvo o no lucro por realizar el contacto entre el menor y el usuario de los servicios sexuales que aquel facilitó. Que además, en el caso de marras, se tuvo por concurrente la figura descrita en el inciso segundo del artículo 367 del Código Penal, por estimarse que la conducta del acusado participaba de “habitualidad”, entendiéndose por tal una reiteración de actos de promoción o facilitación de la prostitución de menores, presupuestos fácticos que en el caso en comento se vieron ampliamente acreditados... Que en cuanto a que efectivamente dicha facilitación o incitación de la prostitución era para satisfacer los deseos sexuales de otros, se infiere por cuanto en primer lugar, es un hecho público y notorio que hay varios sectores de Providencia –como también en Las Condes y en la calle San Camilo– en donde hay clientes que movilizados en autos buscan servicios sexuales de travestis y prostitutas, y justamente el menor le refirió a los testigos que lo que debía hacer era subirse a los automóviles que lo pararan e incluso el sujeto le fijó la tarifa que debía cobrar. En segundo lugar, el señor Núñez indicó que gracias a esto A. ganó mucho dinero, refiriendo ambos funcionarios policiales que R. se lo quitaba, de lo cual se presume que efectivamente el menor logró cobrar dicho dinero, no resultando plausible pensar que al haberse subido el menor a esos vehículos le hayan pagado sólo por pasearlo o bailar, siendo eso lo esencial de la prostitución, intercambio de sexo por dinero, incluso la madre presenció un episodio en que justamente R. estaba golpeando a A. para quitarle \$20.000, siendo evidente que dicho dinero lo obtuvo de esa situación –y al parecer hasta el día de hoy se gana la vida de esa manera–, por lo que a juicio del Tribunal se acreditó también de manera fehaciente este presupuesto fáctico.*

Que finalmente en relación a la habitualidad, entendiéndose por tal una reiteración de actos de promoción o facilitación de la prostitución de menores, se vio acreditado con el mérito de los testigos antes referidos, porque se infiere que esto no ocurrió en una sola ocasión, ya que, además que la madre del menor indicó que pasó muchas veces –viendo esta situación personalmente– y A. le señaló al funcionario Núñez que en una ocasión el sujeto lo fue a buscar a la caleta para que se prostituyera –enten-

diendo por esto último que el menor le contó sobre un suceso en particular y no de que sólo pasó una vez— el mismo funcionario indicó que A. dijo que por esto ganó mucho dinero, pero que debido a los golpes frecuentes para quitarle la plata se aburrió de la situación y buscó protección, por lo que no es dable pensar entonces que sólo sucedió una vez, sino que existió una habitualidad, lo que se concluye con el testimonio de la madre del menor que los abusos se prolongaron por alrededor de dos meses, durante el año 2009. En este sentido, se acreditó que este menor de edad, quien fue contactado por el sujeto apodado R., lo incitó para vestirse de mujer, para ofrecer sus servicios sexuales a cambio de una suma de dinero, facilitando de este modo y promoviendo la prostitución del menor de iniciales A. E.O.P.L., obligándolo a prostituirse y exigiendo por ello el entregar las sumas de dinero que obtenía a cambio de los servicios sexuales que prestaba —cuestión que no forma parte del tipo penal en todo caso— todo lo cual da cuenta que el sujeto activo, con la finalidad precisa que A. mantuviera relaciones sexuales con clientes en el barrio de Providencia, lo trasladaba hasta allí vestido de mujer, obligándolo a prostituirse, para lo cual debía pedir como pago por dichos servicios las sumas de \$10.000 y \$25.000, entendiéndose que esta situación se dio en reiteradas oportunidades, y por existir habitualidad en esta conducta, es que el legislador castiga con mayor pena”.

Es menester señalar, en todo caso, que la estructura típica del delito en comento no fue objeto de discusión por parte de los litigantes, toda vez que el debate se centró en la contundencia de la prueba producida en juicio como capaz de derribar el principio de inocencia.

Comentarios finales

De la sentencia analizada, es posible, a modo conclusivo, y desde los intereses de la persecución penal y de la protección a las víctimas, sostener que, en casos de Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (ESCNNA), recalcar la importancia de los siguientes elementos:

1. Realizar investigaciones acuciosas, que permitan establecer claramente las dinámicas delictivas en este tipo de delitos, y su funcionamiento en el entorno vital de las víctimas de los hechos.
2. Trabajar en una coordinación férrea tanto con los profesionales de la URA-VIT a cargo de la protección de las víctimas, como con los profesionales del área psicosocial de las instituciones que trabajan directamente con los niños, niñas y adolescentes víctimas de Explotación Sexual Comercial y con los programas dedicados a trabajar con niños en situación de calle.
3. Estudiar la fenomenología propia de este tipo de ilícitos, a fin de poder transmitir al tribunal las dificultades propias de las víctimas de este tipo de casos, y adelantarse a las complejidades probatorias que la falta de participación de los niños puede acarrear, presentando la cantidad suficiente de

testigos de contexto que permitan al órgano jurisdiccional comprender la realidad en que tales hechos acontecen.

4. No perder de vista todas y cada una de las proposiciones fácticas que, en relación a los distintos tipos penales por los que se acuse, deben tenerse por acreditados por parte del tribunal para derribar la presunción de inocencia.

COMENTARIO A SENTENCIA QUE ANULA JUICIO ORAL Y SENTENCIA DE TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL QUE ABSOLVIÓ AL ACUSADO COMO AUTOR DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL DE MENOR DE EDAD

Carolina Suazo Schwencke¹

*“Tía, ya se que no me creyeron la otra vez... esta vez tampoco me van a creer...”
Dichos de la víctima de 9 años de edad a la Psicóloga de la Unidad de Atención a Víctimas
y Testigos, antes de declarar en el segundo juicio oral.*

La frase refleja, como primera cuestión de relevancia al momento de recurrir de una sentencia absolutoria por delito sexual, la respuesta a la interrogante de si la víctima quiere y se encuentra en condiciones de enfrentar un nuevo juicio oral. Además de la evaluación, en este caso en particular, de la posibilidad que el acusado siguiera manteniendo contacto con la menor por tratarse de hechos ocurridos a nivel intrafamiliar. En el caso de la sentencia que se comenta, la respuesta a esas preguntas fue posible por el trabajo realizado en conjunto con la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos de la Fiscalía Centro Norte y por la labor de la querellante².

El fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago decidió acoger el recurso de nulidad presentado por la Fiscalía en contra de la sentencia que absuelve al acusado como autor de delitos reiterados de abuso sexual, cometidos en perjuicio de una menor de 6 y 7 años de edad a la fecha de ocurrencia de los hechos.

En efecto, la sentencia del Tribunal Superior acogió el recurso por la **causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal**, toda vez que el Tribunal a quo realizó una errónea aplicación del derecho, específicamente del artículo 366 bis del Código Penal al no aplicarlo a hechos que se dieron por establecidos en la sentencia, esto es, básicamente que el acusado tocó con sus manos la vagina de la víctima.

La Fiscalía decidió esgrimir la causal del artículo 373 letra b) por errónea aplicación de los artículos 366 ter y 366 bis del Código Penal y 341 del Código Procesal Penal y, como causal subsidiaria a la anterior, la señalada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, por haberse omitido en la sentencia alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e) del mismo Código.

1 Fiscal adjunta especializada en delitos sexuales, Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Ministerio Público.

2 Centro de Atención a Víctimas de Delitos Violentos de Santiago.

La sentencia que se comenta, luego de realizar un resumen de las causales invocadas y sus elementos fundantes, en el considerando quinto concluye que **“(...) examinados los antecedentes, aparece que la ofendida fue víctima de un acto que inequívocamente debe considerarse de significación sexual y de relevancia, realizado mediante contacto corporal”**. Agrega que **“(...) la niña refiere ante el tribunal que el imputado la tocó en sus partes íntimas y no paraba de hacerlo y aunque le decía “no Nacho, no Nacho” él la seguía manoseando y no paraba de tocarla en la vagina y ello pasaba en la cama de la bisabuela mientras dormía. El hecho se habría repetido muchas veces, además de obligarla a tocar su pene”**.

Reconoce más adelante la sentencia que en la situación descrita, **la tocación reiterada de la vagina de la menor que en la especie no es sino la zona pública de ésta**, se corresponde con la hipótesis de contacto corporal contenida en su artículo 366 ter.

Resulta de suma importancia que el Tribunal Superior haya reconocido el error de derecho contenido en la sentencia recurrida, por cuanto en su redacción subyacen conceptos que estimamos erróneos, especialmente la exigencia a la víctima menor de edad para que se refiera a la vulva y no a la vagina, o la misma exigencia realizada a una perito asistente social que concurre en esa calidad a declarar al juicio oral. Sin embargo, tales requerimientos no provienen de disposición legal alguna, toda vez que el artículo 366 bis se refiere a acciones sexuales distintas al acceso carnal y luego el artículo 366 ter describe que debe entenderse como tales cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima o que haya afectado los genitales, el ano, o la boca de la víctima aun cuando no hubiere contacto corporal con ella.

Cabe señalar que la sentencia anulada se refería a la vagina como *“(...) el conducto membranoso y fibroso que en las **hembras de los mamíferos** extiende desde la vulva hasta la matriz”*, señalando a continuación que se trata de una *“cuestión que en todo caso es del todo relevante para uno de los jueces, porque además de acuerdo a su concepto la tocación de la vagina requiere de un acceso carnal por ser físicamente insuficiente y anatómicamente inconducente a ese fin las meras tocaciones o frota- mientos de los órganos sexuales externos de la mujer”*.

Tales expresiones son abiertamente contrarias a lo dispuesto en los artículos 366 bis y 366 ter del Código Penal.

En efecto, el artículo citado señala que los actos de significación sexual y de relevancia, realizados mediante contacto corporal con la víctima o que hayan afectado sus **genitales**, ano o boca constituyen acciones sexuales. Pues bien, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define genital como: *“aquel que sirve para la generación”*. De acuerdo a los conocimientos científicamente afianzados no cabe duda que la vagina forma parte de los órganos

sexuales femeninos internos, y por lo tanto de los genitales femeninos. Desconocer lo anterior implicaría desconocer a la expresión “vagina” el sentido natural y obvio en que se utiliza por la mayoría de la población.

Otro de los conceptos que menciona la sentencia en comentario, pero que lamentablemente no se desarrolla por no haberse acogido el recurso por ese motivo, es que el fallo recurrido pretendió explicar que la información que tiene la víctima (y que expuso en el juicio) acerca de la forma, color y características del órgano sexual masculino, deriva de la situación de hacinamiento en la que vive su familia, aseveración que contraviene las máximas de la experiencia, porque hacinamiento no es sinónimo de promiscuidad como tampoco lo es la situación de pobreza. No obstante creemos que su mención en esos términos en el fallo, resulta relevante.

Destacamos además en la redacción del fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones el empleo de un lenguaje claro y respetuoso, sin utilizar la calificación que realiza la sentencia recurrida de la vagina como **conducto de las hembras mamíferas**, descripción que nos parece del todo innecesaria e inapropiada, aun cuando lo señale en esos términos el Diccionario de la Real Academia, aplicados para hacer referencia al órgano genital de un niña.

Cabe tener presente que si el bien jurídico protegido por el delito de abuso sexual de menor de 14 años es la indemnidad sexual –en este caso de una menor de 6 y 7 años de edad a la fecha de ocurrencia de los hechos–, no resulta coherente con la tutela de ese bien jurídico en particular, demandar a la víctima la utilización de conceptos ajenos a su desarrollo ético y de infrecuente aplicación incluso respecto de personas adultas.

Por último, no podemos dejar de señalar que se realizó el segundo juicio oral, el imputado fue condenado como autor del delito de abuso sexual cometido en perjuicio de la víctima y la segunda sentencia condenatoria actualmente se encuentra ejecutoriada.

Sentencia

Santiago, seis de agosto de dos mil doce.

Oídos los intervinientes y vistos los antecedentes obtenidos del sistema computacional, se tiene en consideración:

1° Que doña Carolina Suazo Schwencke, Fiscal adjunto de la Fiscalía Metropolitana Centro Norte, interpone recurso de nulidad en

contra de la sentencia de 23 de mayo de 2012, dictada por el Segundo Juzgado Oral en lo Penal de esta ciudad, en la causa RIT O-76-2012 que absolvió al acusado I.N.B.G., de la imputación de ser autor del delito de abuso sexual de la menor de iniciales A.B.L.S., perpetrado entre los meses de noviembre de 2009 y hasta octubre del año 2010, y solicita se anulen el juicio y la sentencia, ordenándose la realización de un nuevo juicio oral por tribunal no inhabilitado que

corresponda. Esgrime como motivos de invalidación, las del artículo 373 b) porque se habría dictado con infracción de normas de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo y de manera subsidiaria, la del artículo 374 e) ambas del Código Procesal Penal, por haberse omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letras c), d) o e) de igual estatuto.

Hace lo propio la parte querellante, representada por el abogado Rodrigo Cuevas Jara y funda su recurso en la causal absoluta del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, con iguales peticiones.

2° Que en su primera invocación, letra b) del artículo 377 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público supone infringidos los artículos 366 ter y 366 bis del Código Penal y 341 del Código Procesal Penal, el primero, porque ha dejado de aplicarlo a los hechos establecidos en la sentencia —que el acusado tocó a la víctima en su vagina— de ahí que no pueda adoptarse decisión absolutoria porque la acusación o una perito asistente social se refirió a los genitales femeninos como vagina y no como vulva, o porque para el tribunal la tocación de la vagina requiere de un acceso carnal por ser físicamente insuficiente y anatómicamente inconducente a ese fin las meras tocaciones o frotamientos de los órganos sexuales externos de la mujer (con lo que usual y vulgarmente se confunde la vagina, v.gr., los labios mayores o el pubis). La errónea interpretación del artículo 366 bis, en conclusión, la refiere específicamente a la expresión “geni-

tales”, toda vez que la vagina forma parte de aquellos, y así lo define el diccionario de la RAE, la vagina es un conducto membranoso y fibroso que se extiende desde la vulva hasta la matriz, es así que la expresión vulva que extraña la decisión de mayoría se comprende dentro de la expresión vagina y ambas a su vez forman parte de los órganos genitales.

El segundo error de derecho se lo hace consistir en que se dejó de aplicar el artículo 366 bis del Código Penal, pese a que “*se acreditó por el tribunal las tocaciones de la vagina de la menor y al tratarse en este caso de una acción sexual, distinta del acceso carnal, de aquellas a que alude el artículo 366 ter del Código Punitivo*” y reclama que quedó demostrado que el acusado abusivamente incurrió en una acción sexual consistente en tocar la vagina de la víctima de 6 y 7 años de edad a la época de ocurrencia de los hechos.

El tercer error de derecho, en que reclama que se ha aplicado erróneamente el artículo 341 del Código Procesal Penal, se habría cometido al establecer en la sentencia que una tocación en la vagina de la víctima, de relevancia y connotación sexual, excedería el contenido de la acusación, “*en cuanto esta última refiere como acción imputada al acusado el tocamiento de la vagina y frotamiento de su pene en contra de la vagina de la menor. Es decir ha aplicado el artículo citado a un caso que no se subsume en él, por cuanto se estableció que el acusado tocó la vagina de la víctima, tal como indicaba la acusación*”.

Estima que el exceso en el contenido fáctico del relato de la menor afectada y otros testigos presentados por el Ministerio Público en el juicio sólo implica que el tribunal no puede adicionar los hechos nuevos declarados por la menor en su condena, pero no permite descartar la condena por los hechos sí contenidos en la acusación, considerando que con ello no se infringe la prohibición de sorpresa o el derecho del imputado a conocer el contenido de la imputación.

3° Que como causal subsidiaria de la anterior, el Ministerio Público reprocha que la sentencia no cumpla con los requisitos de la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, porque en su considerando séptimo pretende explicar que la información que tiene la víctima acerca de la forma, color y características del órgano sexual masculino, deriva de la situación de hacinamiento en la que vive su familia, aseveración que considera que contraviene las máximas de experiencia, porque el hacinamiento no es sinónimo de promiscuidad, como tampoco lo es la situación de pobreza.

Y considera que contraviene los principios de la lógica, en especial la no contradicción, al desestimar la existencia de conductas sexualizadas que presentó la víctima que precisamente permitieron la develación de los hechos en el establecimiento al que asistía, considerando su edad 6 y 7 años, por aludir a la zona genital externa como vagina, queriendo referirse a la vulva. La contradicción la encuentra en que el propio sentenciador reconoce que la palabra vagina

es utilizada comúnmente para aludir a toda la zona genital tanto externa como interna, por lo que no es posible comprender que al mismo tiempo de realizar esta aseveración, exija una mayor precisión científico-técnica en el uso del concepto a una menor de 7 años de edad, y para ello se apoya en el voto disidente.

Reclama, además, que la sentencia no analiza la edad de la víctima y se hace referencia únicamente a que es menor de 14 años, sin embargo resulta trascendental su edad, tal como razona el voto disidente, haciéndose indispensable considerar los múltiples factores que pueden afectar la memoria.

4° Que, por su parte el querellante invoca como causal única y absoluta de nulidad la del artículo 374 letra e) en relación con los artículos 342 letra c) del Código Procesal Penal, porque en la valoración de los medios de prueba que han servido de fundamento a la sentencia, se habría infringido la norma del artículo 297, y al efecto argumenta que se absolvió al imputado sin considerar la declaración de víctima que fue clara en describir los hechos constitutivos del delito, sus circunstancias y espacio físico en que ocurrieron, así como para atribuir participación en calidad de autor al imputado, teniendo en cuenta que el relato fue refrendado por los dichos de cuatro testigos que depusieron en juicio coincidentes en el hecho de la existencia de los abusos y del contexto espacial en que ocurrieron.

Hace notar que los jueces, erradamente, dieron por establecidas

conclusiones que escapan a su competencia, y que resultan opuestas a las que efectivamente aparecieron en el juicio a través de la prueba pericial que se aportó.

5° Que examinados los antecedentes, aparece que la ofendida fue víctima de un acto que inequívocamente debe considerarse de significación sexual y de relevancia, realizado mediante contacto corporal.

En efecto, la niña refiere ante el tribunal que el imputado la tocó en sus partes íntimas y no paraba de hacerlo y aunque le decía “no Nacho, no Nacho” él la seguía manoseando y “no paraba de tocarla en la vagina” y ello pasaba en la cama de la bisabuela mientras dormía. El hecho se habría repetido muchas veces, además de obligarla a tocar su pene.

Este relato aparece mantenido en el tiempo desde que su profesora, señora C.C., al advertir conductas extrañas en la niña, realizó una actividad dirigida a descubrir la situación por la que estaba pasando y así fue que le contó que una persona de nombre Nacho que vivía en su casa le tocaba la vagina; así también lo reflejan los dichos de la funcionaria de la Policía de Investigaciones Saide Link, de profesión psicóloga, a quien la menor le manifestó que “el Nacho me toca la vagina”, en la casa que compartían con su madre y su hermano mayor; y lo declarado por la madre ante el tribunal al señalar que en el colegio se le citó por la profesora de nombre C. debido a que su hija le manifestó que estaba siendo tocada por su tío Nacho, y ante ellas la menor reiteró la afirmación de haber sido tocada

en sus partes íntimas cuando se acostaba con su bisabuela en la cama junto a su sobrino conocido como Nacho que llegó a vivir con ellos por un tiempo, situación que también era conocida por su hijo mayor, de 11 años, a quien igualmente se escucha por el tribunal cuando narra que Nacho manoseó en la vagina a su hermana y lo sabe porque lo vio unas tres veces cuando esa persona vivía con ellos.

6° Que de todo lo anterior aparece que el tribunal, al considerar que no se daban las exigencias del artículo 340 del Código Procesal Penal, frente a los hechos que sustentaron los cargos por el Ministerio Público, hizo una errónea aplicación del artículo 366 bis del Código Penal, en cuanto castiga al que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años y que en la situación descrita, la tocación reiterada de la vagina de la menor que en la especie no es sino la zona púbica de ésta, se corresponde con la hipótesis de contacto corporal contenida en su artículo 366 ter.

7° Que en las circunstancias anotadas, no cabe sino acoger el recurso interpuesto por el Ministerio Público por la causal contenida en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal, en los términos que se dirá.

Y, lo así decidido, hace innecesario el examen del recurso de nulidad interpuesto por la parte del querellante.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, **se anula la sentencia** de veintitrés de mayo de dos mil doce,

dictada por el Segundo Tribunal del Juicio Oral de Santiago, que absolvió al acusado I.N.B.G. de la imputación de ser autor de abuso sexual reiterado a la menor de iniciales A.B.L.S., entre los meses de noviembre de 2009 y octubre de 2010, dictada por el Segundo Tribunal del Juicio Oral de Santiago y, como consecuencia, se invalida igualmente, **el juicio oral** que le antecedió.

Remítanse los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda para sustanciar un nuevo juicio.

Regístrese y comuníquese.

Redactó la ministra Amanda Valdovinos.

Rol N° 1509 – 2012.

Pronunciada por la **Segunda Sala** de esta Corte de Apelaciones, conformada por las señoras Amanda Valdovinos Jeldes, Beatriz Pedrals García de Cortazar y Claudia Schmidt Hott, ministra, fiscal judicial y abogada integrante, respectivamente.

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

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL PROCEDIMIENTO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTENIDO PATRIMONIAL DE UNA SENTENCIA CONDENATORIA. NECESIDAD DE UN CAMBIO ESTRUCTURAL

Marcelo Contreras Rojas¹

I. Introducción

Un aspecto poco abordado dentro de la doctrina procesal penal se refiere al procedimiento para ejecutar el contenido patrimonial de las sentencias condenatorias. Si bien es cierto tanto el antiguo Código de Procedimiento Penal como el actual Código Procesal Penal incorporan determinadas normas referidas a este punto, no quedan claros algunos aspectos operativos respecto a la forma como se implementa este proceso.

Esta precaria regulación ha traído como consecuencia que no sea posible conseguir de manera eficiente uno de los objetivos principales de la pena accesorias de comiso, esto es, *sustraer los bienes de origen ilícito del tráfico comercial, evitando que algunos condenados sigan disfrutando de ellos, ya sea de forma personal o a través de sus familiares*. Este resultado se produce tanto por la precaria regulación en esta materia, como también por el exiguo tratamiento y estudio respecto de la institución del comiso².

Desde nuestra perspectiva, esta realidad genera un efecto sumamente nocivo, entregando a la comunidad la idea que la persecución penal falló en su etapa decisiva, ya que aun cuando se inició una investigación y se logró condenar a determinados imputados, el sistema no fue capaz de cerrar el círculo y conseguir los objetivos perseguidos, es decir, no se logró afectar el patrimonio ilícito de los imputados o de la organización criminal.

La literatura que aborda estos temas en el ámbito nacional, generalmente se reduce a realizar una sistematización de los artículos, sin efectuar un estudio más profundo ni formular consideraciones críticas al respecto. Del mismo modo, en la historia de la ley referida a estos preceptos, queda patente el hecho que su discusión fue bastante apresurada, dejando algunos puntos pendientes que serían resueltos más adelante cuando se crearan tribunales especializados. El caso es, que ya han pasado más de 10 años y todavía no se han creado dichos tribunales, ni se ha podido aplicar de forma eficiente la regulación existente.

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 El comiso se encuentra regulado en nuestro Código Penal como una pena accesorias, según lo dispone el artículo 31. Su regulación en el Código y en leyes especiales es sumamente escasa, lo cual genera inconvenientes a los distintos operadores jurídicos que pretenden darle aplicación. Por lo demás, tampoco uno puede encontrar un pormenorizado análisis doctrinario, dado que es un tema poco abordado en los manuales y monografías.

Ahora bien, el objetivo de este trabajo no es buscar responsables, cuestión que difícilmente se podría resolver, sino por el contrario analizar críticamente la participación de los distintos actores que interactúan y operan este procedimiento, con el objeto de comenzar a trabajar en determinadas propuestas que permitan mejorarlo. Como marco teórico, este trabajo parte de la base que los bienes ya se encuentran decomisados por sentencia condenatoria ejecutoriada, razón por la cual no abordaremos los problemas previos referidos a la incautación, administración de bienes incautados e interpretación de las normas referidas al comiso, sino sólo efectuaremos algunas referencias.

Para realizar este análisis crítico, seguiremos el mismo orden del articulado del Código Procesal Penal, revisando algunos problemas que se han suscitado y formulando algunas consideraciones de lege ferenda.

II. Desarrollo

Como señalamos anteriormente, los artículos analizados serán los contenidos en el párrafo primero del título VIII, del libro IV del Código Procesal Penal. El análisis se realizará en base a una serie de preguntas que nos pueden ayudar a entender cómo funciona el proceso de ejecución de sentencias condenatorias en su arista patrimonial.

a. ¿Qué órganos intervienen en el proceso de ejecución de una sentencia condenatoria?

Según lo describe el artículo 466 del Código Procesal Penal, *“durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, sólo podrán intervenir ante el competente Juez de Garantía³, el Ministerio Público⁴, el imputado y su defensor”*.

3 Tal como se puede advertir en la historia de la ley en el mensaje del proyecto original presentado por el ejecutivo, boletín N° 1630-07, el control judicial en la ejecución estaba encargado al tribunal que dictó la sentencia. Del mismo modo, en el anteproyecto, en su artículo 11 referido a la ejecución de las sentencias criminales, señalaba que *“Mientras no se establezcan tribunales especializados, la ejecución de las condenas criminales será supervisada por los tribunales que hubieren dictado la condena respectiva. A ellos corresponderá conocer de las solicitudes y presentaciones que se pudieren plantear respecto de la forma en que dicha ejecución se realizare”*. Posteriormente, se realizó una modificación y se asignó esta función a los jueces de garantía, considerando *“que no era conveniente innovar mientras no se crearan los jueces especiales de ejecución...”*.

Desde nuestra perspectiva esta no fue la mejor opción, sobretodo, considerando la gran carga de trabajo que tienen los Jueces de Garantía, quizás lo más recomendable hubiese sido que cada tribunal se preocupara de la ejecución de los fallos que dicta. En todo caso, se debe tener presente que todas las argumentaciones que en su oportunidad se esgrimieron respecto de la creación de tribunales especializados de ejecución claramente se refieren a la pena principal o medida de seguridad y no a la pena de comiso, por lo cual resulta importante incorporar a esta discusión la forma como se ejecutará esta pena accesoria.

4 No queda clara cual es la función o participación del Ministerio Público en la ejecución patrimonial de la sentencia referida a los bienes decomisados, dado que el artículo 468 del CPP establece que el Juez de Garantía es quien debe *“ordenar y controlar el efectivo cumplimiento de las multas y comisos impuestos en la sentencia, ejecutará las cauciones de*

Evidentemente, mediante esta norma se reguló de forma *restrictiva* quienes pueden participar de la ejecución de la sentencia en materia penal. En un primer momento, esta disposición se había incluido dentro de aquellas que regulaban los sujetos procesales, pero posteriormente se prefirió trasladar a este título. Asimismo, se optó por señalar expresamente a los sujetos que pueden participar en el proceso de ejecución y no mantener la redacción anterior en la cual se hacía referencia únicamente a una restricción de la intervención del querellante⁵.

No obstante lo anterior, de una simple lectura a los artículos que conforman este título se puede advertir claramente que en el proceso de ejecución participan otros sujetos respecto de los cuales no se encuentra regulada la forma como deberían intervenir, atribuyéndoseles genéricamente algunas funciones dentro de este procedimiento, pero no habiéndoles sido asignada la calidad de intervinientes. El caso paradigmático es el de la Dirección General de Crédito Prendario (DICREP), que según lo dispuesto en el artículo 469 inciso tercero del CPP, es el órgano ante el cual se *ponen a disposición* las especies decomisadas para que proceda a su enajenación en pública subasta y posteriormente se destine el producto de lo obtenido a la Corporación Administrativa del Poder Judicial u otro destinatario según lo establecido en diversas leyes especiales⁶.

En mi opinión, desde el momento que se activa la participación de la DICREP en este proceso, es decir, cuando el Juez de Garantía informa el decomiso de determinadas especies que serán puestas a su disposición para enajenarlas en pública subasta, esta institución “debe” participar activamente en el proceso, ya que ha sido llamada judicialmente para cumplir de forma eficiente con los objetivos del procedimiento penal. En la experiencia práctica se ha podido constatar que la DICREP espera largos períodos de tiempo para recibir algunos de los bienes que han caído en comiso, aun habiendo sido previamente informada que dichos bienes deben subastarse. Evidentemente, esto perjudica considerablemente el valor que se pueda obtener en la subasta de dicho bien,

conformidad con el artículo 147, cuando procediere, y dirigirá las comunicaciones que correspondiere a los organismos públicos y autoridades que deban intervenir en la ejecución de lo resuelto”. De lo anteriormente señalado uno puede observar que al Ministerio Público NO le corresponde actuar con posterioridad a que se encuentre ejecutoriada la pena de comiso. No obstante lo anterior, se han buscado fórmulas para colaborar con el proceso de ejecución, para que este pueda ser más eficiente. Por ejemplo, es común que se solicite a la fiscalía ponga a disposición del Tribunal las especies decomisadas que se encontraban bajo su custodia. Asimismo, son frecuentes las consultas respecto de qué policía está en posesión de determinados bienes que en el transcurso de la investigación le fueron destinados (generalmente vehículos).

- 5 REFORMA PROCESAL PENAL, Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias, Editorial Jurídica de Chile, Tomo III, pp. 420-421, [Cristián Maturana Miquel] Coordinación. 2do Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Discusión particular artículo 145.
- 6 Por ejemplo en el caso de los bienes decomisados por ley de drogas o de lavado de dinero, lo obtenido se deposita en un fondo especial creado para este efecto por el Ministerio del Interior, el cual se utilizará en programas de prevención.

ya sea respecto de los bienes muebles que generalmente se deterioran o sufrirán de una acelerada depreciación (computadores, artefactos electrónicos), o de los inmuebles que comienzan a presentar una serie de complejos problemas, por ejemplo, desde el momento de su incautación, lo normal es que los imputados dejen de pagar los gastos comunes, las contribuciones y eventuales créditos hipotecarios asociados. Asimismo, en muchas oportunidades existen créditos personales asociados a una garantía hipotecaria de cláusula general que también se dejan de pagar y comienzan a abultar una deuda que posteriormente se intentará cobrar en el bien decomisado.

En este contexto, la *oportunidad* se transforma en un punto fundamental en el proceso de ejecución del contenido patrimonial de una sentencia penal, por lo cual, se hace necesario que exista una institución destinada especialmente a la administración y ejecución de bienes incautados y decomisados⁷ o se dote de mayores recursos a las instituciones que actualmente participan en este proceso.

Otra institución que eventualmente puede participar de este proceso es el Consejo de Defensa del Estado, ya que en el inciso final del artículo 468 del CPP se señala que “las cauciones se ejecutarán de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 147 del CPP”, que en su inciso tercero establece lo siguiente: “*En ambos casos, si la caución no consistiere en dinero o valores, actuará como ejecutante el Consejo de Defensa del Estado, para lo cual el Tribunal procederá a poner los antecedentes en su conocimiento, oficiándole al efecto*”⁸.

7 Este tipo de instituciones son comunes en la mayoría de los países, entre las principales podemos mencionar:

- 1.- Dirección de Registro, Control y Administración de Bienes Incautados (DIR-CABI), Bolivia.
- 2.- Dirección Nacional de Estupefacentes (DNE), Colombia.
- 3.- Servicio Estatal de Administración (SEA), México.
- 4.- Unidad de Administración de Bienes Decomisados y Comisados (UAB), Costa Rica.
- 5.- Oficina Administradora de Bienes Incautados (OABI), Honduras.
- 6.- Comisión Nacional para el Estudio y la Prevención de los Delitos Relacionados con Drogas (CONAPRED), Panamá.
- 7.- Oficina Encargada de la Custodia y Cuidado de los Bienes Incautados, República Dominicana.
- 8.- Dirección Administración de Bienes Adjudicados de la Oficina Nacional Antidrogas, (ONA) Venezuela.
- 9.- Dirección de Administración de Bienes en Depósito del CONSEP, Ecuador.
- 10.- Comisión Nacional de Bines Incautados (CONABI), Perú.

8 Antiguamente en el Código de Procedimiento Penal (Libro Cuarto Del cumplimiento y ejecución / Título Primero del destino de las especies / Párrafo primero de las especies decomisadas), su artículo 673 en sus incisos 2 y 3 regulaba el procedimiento a seguir en el caso de las especies decomisadas. Este artículo había sido incorporado por la Ley 18.857, publicada en el Diario Oficial el 6 de diciembre de 1989. Según esta norma “las demás especies decomisadas se pondrán a disposición del fisco, para los efectos de lo establecido en el artículo 60 del Código Penal. Esta autoridad podrá ordenar la destrucción de las que no tuvieran valor y

Como vemos, las instituciones anteriormente señaladas tienen una importante participación en el proceso de ejecución patrimonial de la sentencia y no se entiende el por qué no podrían actuar como intervinientes. En este orden de ideas, hubiese sido mucho más apropiada la redacción primaria que se contenía en el anteproyecto y mensaje, en la cual sólo se restringía la intervención del querellante. Al parecer cuando se efectuó la modificación en el Senado, sólo pensaron en los sujetos que intervienen en la aplicación de la pena principal, pero no en los que intervienen para la ejecución de las especies decomisadas o para hacer efectivas las cauciones. En este sentido, se deberían buscar fórmulas que permitan actuar dentro del proceso de ejecución a estos organismos, ya sea volviendo a una redacción primaria o que los jueces de garantía oficien rápidamente a estas instituciones solicitándoles se hagan parte del proceso en las respectivas funciones que les encarga la ley.

Del mismo modo, se puede incluir a otros actores como son los Conservadores de Bienes Raíces y la Tesorería General de la República, ya que los principales problemas que se han podido identificar tienen relación con inmuebles, no existiendo claridad en la forma que se debe implementar la pena de comiso.

b. ¿Cuáles son las normas aplicables a la ejecución de las sentencias penales?

La respuesta a esta interrogante la responde el artículo 467 del CPP señalando que la ejecución se efectuará de acuerdo con las normas de este párrafo (artículos 467 a 472 del CPP), las establecidas en el Código Penal (libro I, título III, párrafo V) y demás leyes especiales (por ejemplo la Ley 20.000 referida al tráfico de drogas y la Ley 19.913 relativa al delito de lavado de dinero, en las cuales existen normas especiales respecto de determinados aspectos).

Por otro lado, podrían utilizarse las normas contenidas en el libro I del Código de Procedimiento Civil, en base al reenvío que establece el artículo 52 del CPP. En este contexto, también deberían señalarse las normas contenidas en el Código Orgánico de Tribunales, aquellas que regulan la intervención de la DICREP y los reglamentos⁹ que dicha institución dicte.

no fueran utilizables. Los dineros y otros valores decomisados a favor del fisco se destinarán a beneficio de la Junta de Servicios Judiciales”.

Otra particularidad dentro de este proceso de ejecución se presentaba con las especies retenidas y no decomisadas las cuales se deberían subastar de acuerdo a la Ley 12.665, que se refería a la disposición para vender en pública subasta las cosas corporales muebles puestas a disposición de los Juzgados del Crimen de Mayor o Menor Cuantía y que no hayan caído en comiso. En la ley resulta especialmente extraño el beneficiario de los bienes que sean decomisados, ya que según lo establece su artículo primero “*el dinero que se obtenga pertenecerá al Instituto de Ciencias Penales, a quien se entregará sin mayores trámites*”. Desde nuestra perspectiva es poco común que los bienes obtenidos se destinen a una institución privada, ya que generalmente son destinados a instituciones públicas.

9 Esta Institución con fecha 20 de enero de 2010 publicó un Reglamento referido a las “Enajenaciones y Subastas de Inmuebles Decomisados o con Orden de Enajenación

En este orden de ideas, pudiese parecer que con la normativa mencionada anteriormente será posible solucionar todos los problemas que se presentan en la práctica, pero como veremos más adelante, esto no es efectivo. Por ejemplo, no dejan en claro si podrían utilizarse las normas referidas a la purga de hipotecas o aquellas que regulan la pública subasta. Asimismo, qué sucede con las tercerías, ¿debo aplicar las normas del CPP o del CPC?

Como vemos, la normativa que regula el proceso de ejecución se encuentra sumamente disgregada y sin que exista claridad respecto de las normas que se deben utilizar para efectuar la ejecución de los bienes, por lo cual resulta necesario que, a lo menos, por vía reglamentaria se regule este procedimiento de forma más completa.

Por otro lado, existe la misma incertidumbre en el ámbito internacional, es decir, si tuviésemos que ejecutar una sentencia condenatoria extranjera, por ejemplo, imaginemos el caso de un país X que condena a un chileno por el delito de lavado de dinero y ordena el comiso de los bienes que se encuentran en su país como también una serie de inmuebles que el sujeto adquirió en Chile. En este supuesto, tendríamos que aplicar diferentes cuerpos legales como por ejemplo los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, referido a las resoluciones pronunciadas por Tribunales extranjeros, las diversas convenciones internacionales que rigen esta materia, las normas del CPP, etc. En este orden de ideas resulta imprescindible que en nuestro país se presente algún grado de discusión respecto a la forma como se abordaría un caso de estas características, principalmente, en relación con aquellos delitos que presenten un grado de criminalidad organizada (que normalmente podrán poseer un carácter internacional siendo necesaria una investigación conjunta entre varios países y un sustento jurídico que permita compartir bienes decomisados).

c. ¿Cómo se ejecuta la sentencia penal, en particular de los bienes que caen en comiso?

El artículo 468 determina la forma como se ejecuta la sentencia en materia penal, estableciendo como requisito para su ejecución que la sentencia se encuentre ejecutoriada.

Asimismo, se establece que *“el tribunal decretará una a una todas las diligencias y comunicaciones que se requieren para dar total cumplimiento al fallo”, señalando más adelante que “ordenará y controlará el efectivo cumplimiento de las multas y comisos impuestos en la sentencia”*. En este contexto, al Juez de Garantía¹⁰ le

Temprana efectuados por la Dirección General del Crédito Prendario y establece reglas generales asociadas a las subastas ordenadas judicialmente”.

10 Surge la duda si el Juez de Garantía tiene que decretar las medidas que sean necesarias para sanear el bien, con anterioridad a su remate. Por ejemplo, solicitar que se dejen sin efecto los embargos que se hayan decretado sobre el bien decomisado, ya que éste dejó

corresponde ejecutar patrimonialmente (comisos y multas) la sentencia, cuestión que no se produce con la rapidez y efectividad que se requiere para este tipo de situaciones. En todo caso, esta situación se presenta en los bienes que deberán ser subastados por la DICREP y que son todos aquellos en que NO se ordenó por el Juez de Garantía su destrucción (bajo responsabilidad del administrador del tribunal) y los valores o dinero que ingresan directamente en la cuenta de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

De lo que hemos podido analizar en la experiencia práctica, es bastante común que transcurra un largo período de tiempo entre el momento en el cual queda ejecutoriada la sentencia y aquel en el cual el juez de garantía remite los antecedentes a la DICREP para que se ejecuten los bienes. Luego, aun habiéndose remitido los antecedentes, siguen existiendo algunos problemas, ya que sólo se envía la sentencia, dejándose a un lado los documentos que sirven para respaldar la propiedad sobre dicho bien, obligando a esta institución a tener que comenzar a recopilar dichos antecedentes. Por otro lado, se piensa que desde el momento que se derivan los antecedentes a la DICREP, cesa la intervención del juez de garantía, cuestión que no debiera ocurrir, ya que si por ejemplo tuviese que subastarse un inmueble se debería regular quien debería firmar el acta del remate (lo más aconsejable, sería que fuese el juez), de lo contrario, lo más probable es que el Conservador de Bienes Raíces no quiera inscribir dicho inmueble a nombre del nuevo adquirente¹¹.

De lo anteriormente expuesto, queda en evidencia que nuestro Código no establece un procedimiento claro para la ejecución de bienes, sino una reglamentación genérica referida a las funciones que cumplen diversos intervinientes, haciéndose necesario una regulación más específica que permita un adecuado procedimiento de ejecución.

d. Respetto del destino de los bienes decomisados

El principal destino de los bienes que caen en comiso y logran ser subastados es la Corporación Administrativa del Poder Judicial¹². Por otro lado, en los

de pertenecer al deudor. Asimismo, podría decretar las medidas necesarias para que el inmueble fuese desocupado o permitir a la DICREP realizar arreglos en el inmueble con el objeto de rematarlo a mejor precio.

- 11 No existe claridad de cómo se pone a disposición de la DICREP un inmueble, esto se hará por un oficio del Juez de Garantía.
- 12 Esta institución, fue creada en virtud de la Ley N° 18.969, de 10 de Marzo de 1990, que la incluyó en el Título XIV del Código Orgánico de Tribunales, expresando que dicha corporación es la continuadora legal y sucesora en todos los bienes, derechos y obligaciones de la Junta de Servicios Judiciales y de la Oficina de Presupuestos del Poder Judicial. La Corporación Administrativa del Poder Judicial es una organización dedicada a la administración de recursos y prestación de servicios al Poder Judicial, facilitando así la optimización de su función jurisdiccional y el acceso de la comunidad a la justicia. Su acción está fundada en el valor de las personas y en una búsqueda permanente de una gestión proactiva y de excelencia". www.poderjudicial.cl

casos de la Ley de Drogas o de Lavado de Dinero, el destinatario de los bienes subastados por haberse decretado la pena de comiso es una cuenta especial del Ministerio del Interior.

Uno de los temas mayormente discutidos a nivel internacional es la forma como se distribuyen los bienes que son decomisados. La experiencia internacional en general reparte los bienes entre organismos de prevención y de control, ya sean Ministerios Públicos o Policías. Esta fue la opción que tomó el legislador en la Ley 19.927, de fecha 14 de enero de 2004, mediante la cual se introdujo un nuevo inciso al artículo 469 del CPP permitiéndose “*la destinación de instrumentos tecnológicos decomisados, tales como computadoras, reproductores de imágenes o sonido y otros similares, al Servicio Nacional de Menores o los departamentos especializados en la materia de los organismos policiales que corresponda*”¹³.

En el actual proyecto de ley que modifica la Ley 19.913, se aprobó por la Cámara de Diputados una norma que permite destinar parte de lo que se decomise por investigaciones de este tipo de delito a los organismos de control¹⁴.

e. Algunos problemas que se presentan en el proceso de ejecución de bienes

Al momento de ejecutar determinados bienes (principalmente inmuebles¹⁵) se han podido evidenciar una serie de deficiencias en nuestra regulación, cuestión que ha generado diversas controversias, entre las cuales se pueden destacar:

i. Intervención del acreedor prendario e hipotecario

Generalmente, los inmuebles son adquiridos a través de un crédito hipotecario, o los vehículos fueron adquiridos en una concesionaria la cual garantizó el crédito mediante una prenda. En este contexto, no se encuentra claro como se debe producir la intervención de este actor en el proceso de ejecución. De hecho, ni siquiera queda claro si esta intervención se debe producir, dado que la normativa aplicable a este respecto no entrega mayores luces¹⁶. En princi-

13 Cabe señalar que en este caso la destinación se refiere a bienes decomisados a diferencia de lo que ocurre en la Ley de Drogas que se refiere a bienes incautados.

14 Proyecto de ley que autoriza el levantamiento del secreto bancario en investigaciones de lavado de activos. Boletín n° 4426-07. “Agréguense, a continuación del artículo 35, las siguientes disposiciones: a) *Artículo 36.- Los bienes incautados o el producto de los decomisados en investigaciones por lavado de activos, podrán ser destinados, en los términos que establecen los artículos 40 y 46 de la ley N° 20.000, en todo o parte, a la persecución de dicho ilícito*”.

15 Nótese que no existen registros de haberse rematado algún inmueble decomisado.

16 En derecho civil, esta citación efectuada al acreedor hipotecario a instancias de la ejecución, y que tiene por objeto concurrir con los demás acreedores hipotecarios para que

pio podríamos señalar que no es necesario citar a este acreedor al proceso de ejecución, ya que no existe norma que lo señale y en el caso que este no fuese citado la única sanción es que el derecho de hipoteca subsistiría. Sin perjuicio de lo anterior, consideramos imprescindible generar un procedimiento en donde este tipo de acreedor sea citado y se le otorguen las posibilidades para que ejerza sus acciones¹⁷.

En el documento de buenas prácticas elaborado por el grupo de expertos en lavado de la Comisión Interamericana contra la Droga y el Delito, CICAD/OEA, se dejó establecido a este respecto que “se recomienda que cuando exista un bien incautado que por su naturaleza se encuentre sujeto a un proceso civil de prenda o hipoteca a favor de un tercero de buena fe, la autoridad competente pueda apersonarse en el proceso civil y solicitar la suspensión del proceso cobratorio, cuando iniciado un proceso penal la decisión de este último influya necesariamente en la decisión del civil. En tal sentido se podría proceder al pago del monto por concepto de prendas o hipotecas a favor de terceros de buena fe, al menos en las siguientes circunstancias:

- a) Cuando se ordene el decomiso del bien, el Estado podría pagar al acreedor prendario o hipotecario el monto adeudado para levantar los gravámenes correspondientes.
- b) Cuando el bien aún permanece incautado, la entidad administradora de bienes, bajo el principio de la sana administración de los recursos, podría pagar el monto adeudado a los acreedores y subrogarse en los derechos del acreedor.

En todo caso, si la autoridad judicial ordenara su devolución, la entidad administradora de bienes podría disponer de su derecho de retención sobre el bien hasta que el monto de lo pagado por la administración sea reintegrado o en su defecto sea ejecutado el derecho subrogado”.

ii. Medidas cautelares reales o medidas precautorias inscritas sobre el bien

Se ha podido observar en algunas investigaciones que con posterioridad a la sentencia ejecutoriada que declara el comiso de un bien, este sigue embargado

cada uno obtenga de la realización lo que le corresponda conforme al orden de sus preferencias, se conoce como purga de hipotecas.

17 Desde nuestra perspectiva, gran parte de los problemas que se producen en nuestra normativa derivan de la opción del legislador procesal penal, que quería sustraer al proceso penal de controversias civiles. De hecho, esta fue la justificación para reducir el campo de la acción civil y no permitir la intervención del tercero civilmente responsable o el actor civil. El caso es, que en materia de ejecución de bienes resulta imposible desligarse de los problemas civiles producidos por el establecimiento de garantías o medidas cautelares reales, dado que son planos superpuestos para los cuales deberemos fabricar una respuesta adecuada.

por parte de algunas instituciones públicas con el objeto de lograr el pago de diversos impuestos o multas.

Desde nuestra perspectiva, desde el momento en que se decreta la pena de comiso y esa sentencia queda ejecutoriada el bien pasa a poder del Estado (fisco), por lo cual resultaría ilógico que se intentase cobrar un crédito en bienes que ahora no le pertenecen. El problema se produce, sobretodo, con los bienes que requieren ser inscritos en determinados registros, por ejemplo, en el caso de los inmuebles aun después de decomisado el bien sigue inscrito a nombre del imputado, sin que exista claridad respecto de la forma en que se debería actuar para solicitar una nueva inscripción¹⁸.

iii. Pago de impuestos u otros gravámenes

Se discute quien debería ser el responsable de pagar impuestos sobre los bienes que se encuentran incautados y que posteriormente son decomisados. Por ejemplo, imaginemos el caso de un inmueble que se mantuvo incautado por el lapso de un año y que a la postre fue decomisado. La pregunta es quien se hace cargo del pago de las contribuciones de dicho inmueble. Según la normativa tributaria éstas serían de cargo del propietario, a quien no le ha interesado pagarlas, dado que lo más probable es que su bien fuese decomisado. Entonces, como opción podemos señalar el que la Tesorería General de la República se haga parte del proceso en el cual se subasta el inmueble y se le pague lo que corresponde o que se establezca en una norma la exoneración para el Estado del pago de las cargas impositivas respecto de los bienes que sean decomisado. Esta última opción nos parece más acertada, ya que de lo contrario se estaría pagando una deuda personal con bienes que ya no pertenecen al sujeto. De hecho, considero que en este caso la Tesorería General de la República debería buscar otros bienes en los cuales poder cobrar el impuesto adeudado¹⁹.

No obstante lo anterior, consideramos que en el caso de un bien incautado que posteriormente es devuelto porque el sujeto fue absuelto, éste queda obligado al pago de todos los impuestos respecto del bien, no existiendo norma que permita fundamentar una exoneración impositiva.

18 Una posible solución sería solicitar al tribunal que dicta la sentencia que respecto de los bienes decomisados ordene su inscripción en el respectivo conservador u otro registro a nombre del fisco, quien mediante su organismo especializado en bienes incautados y decomisados lo vendiera en pública subasta.

19 En el documento de buenas prácticas elaborado por el grupo de expertos en lavado de la Comisión Interamericana contra la Droga y el Delito, CICAD/OEA, se señaló que “Cuando los bienes incautados sean improductivos, los Estados deberán considerar la exoneración de todas las cargas impositivas sobre éstos, sean: impuestos, timbres o cualquier forma de contribución, desde su propia incautación; es decir, deben encontrarse cubiertos bajo el principio de inmunidad fiscal, toda vez que el Estado, en caso de incautación y bienes sujetos a un proceso penal, se encuentra administrando bienes que no son de su propiedad. En ningún caso el Estado asumirá el pago de obligaciones tributarias causadas con anterioridad a la incautación de los bienes”.

iv. Pago de gastos comunes

Este es otro de los problemas que hemos podido ir advirtiendo en la experiencia práctica, respecto del cual no se ha dado una respuesta por parte de la jurisprudencia. Como señalábamos anteriormente, éste se produce porque en la mayoría de los casos al momento de incautar un bien raíz, quienes figuran como sus propietarios dejan de pagar este tipo de deudas. Según la Ley 19.537, artículo 4, sobre copropiedad inmobiliaria, “*la obligación del propietario de una unidad por los gastos comunes seguirá siempre al dominio de su unidad, aún respecto de los devengados antes de su adquisición, y el crédito correspondiente gozará de un privilegio de cuarta clase...*”.

En base a esta norma deberíamos entender que el adquirente de un inmueble decomisado debería hacerse cargo del pago de los gastos comunes que la propiedad haya generado, otra opción que se utiliza es que el Juez a cargo de la ejecución notifique a este acreedor para que concurra a la subasta y haga valer sus derechos.

III. Conclusiones

- a. Resulta imperioso contar con un órgano técnico y especializado dedicado a la administración y posterior ejecución de los bienes incautados y decomisados²⁰, que se haga cargo de coordinar a todas las instituciones que participan del proceso de ejecución patrimonial de una sentencia condenatoria. En el caso de no ser posible crear un nuevo órgano, a lo menos, resulta imprescindible analizar en una mesa de trabajo, que involucre a las distintas instituciones relacionadas, los nudos jurídicos u operativos que se producen en el mismo con el objeto de plantear posibles soluciones, solicitando los recursos técnicos y humanos que sean necesarios para que el procedimiento pueda cumplir sus objetivos. Asimismo, dicho análisis debería incluir una propuesta de modificaciones legislativas tendientes a uniformar criterios en esta materia, adaptando y clarificando las normas referidas a la forma cómo se debería realizar el proceso de ejecución.
- b. El procedimiento de ejecución debe ser modificado entregando mayores herramientas a quienes participan de este. En primer lugar, se debería ampliar el número de intervinientes con el objeto de generar un procedimiento más proactivo que permita la intervención directa de los actores que verdaderamente participan del procedimiento de ejecución patrimonial de la sentencia condenatoria.
- c. Hasta el momento nos hemos conformado con un procedimiento de ejecución de sentencias “a la chilena”, dado que éste se encuentra genéricamente consagrado en la ley, los actores del sistema cumplen sus roles logrando

²⁰ Este tipo de organismos permiten dar mayores índices de transparencia al proceso de ejecución de los bienes, generando positivos efectos en la comunidad.

decomisar gran cantidad de bienes, pero no existe mayor preocupación respecto de si efectivamente esos bienes son subastados y se logró afectar el patrimonio de las organizaciones criminales. En este contexto, urge una regulación especial en esta materia que permita un tratamiento más a fondo respecto del “como” se realiza el proceso de ejecución patrimonial, existiendo mayores controles respecto de su aplicación real.

- d. Existen bases sólidas sobre las cuales comenzar el trabajo propuesto, ya que nuestro país ha participado del denominado proyecto BIDAL (Bienes Decomisados América Latina)²¹.

21 La Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de Estados Americanos (CICAD/OEA) está desarrollando en Chile el Proyecto “Bienes Decomisados en América Latina (Proyecto BIDAL)”. Este mismo proyecto se implementa paralelamente en Argentina y Uruguay. La finalidad del referido Proyecto es asistir técnicamente a los gobiernos participantes en el fortalecimiento y mejoramiento de los procesos de identificación, incautación, administración y disposición de los bienes y ganancias procedentes de delitos de narcotráfico y lavado de activos.

Una de las conclusiones a las que llegó este grupo en la primera fase del proyecto fue la de *Mejorar todo lo concerniente a la administración de bienes incautados y decomisados*.

“Mejorar el sistema actual a partir de modificaciones legales que tengan por objeto regular la administración, utilización y destino de los bienes incautados y decomisados por Ley de Drogas. Se deberán considerar los siguientes criterios mínimos:

- La administración de bienes incautados deberá comprender su recepción, registro, custodia, conservación y supervisión.
- Deberá llevarse a cabo por un órgano especializado (esta recomendación se efectúa de manera estrictamente general, y no importa, necesariamente, que el órgano especializado se encuentre separado del Ministerio Público). La referida administración se prolongará hasta que se resuelva sobre la devolución, abandono o decomiso de los bienes. De esta manera, las diversas fiscalías del Ministerio Público y los Órganos Jurisdiccionales conservarán intactas sus facultades para perseguir y decretar el aseguramiento de bienes incautados por ley de drogas”.

NOTARIOS Y CONSERVADORES COMO SUJETOS PASIVOS DEL ENGAÑO EN ESTAFAS TRIANGULARES¹

Mauricio Lártiga Obal²

1. Introducción

Por el presente trabajo efectuaremos algunas reflexiones en torno a la interrogante de si en nuestro ordenamiento positivo es posible que notarios y conservadores puedan ser sujetos pasivos del engaño típico en un delito de estafa, y que en virtud de tal maquinación realicen dentro del ámbito de sus competencias, conductas que constituyan disposición patrimonial en términos de producir un perjuicio para terceros.

Huelga decir que excluiríamos de este análisis aquellos casos en que notarios y conservadores actúen abusando de su investidura, de manera dolosa e, incluso, concertados con terceros, con el inequívoco objeto de perjudicar a otros, situaciones todas que podrían encuadrarse dentro de los tipos contemplados en los artículos 193 del Código Penal, 441 ó 443 del Código Orgánico de Tribunales.

Es sabido, además, que ambos funcionarios auxiliares de la administración de justicia intervienen por mandato legal y como depositarios de la fe pública en un sinnúmero de actos jurídicos que producen consecuencias en el patrimonio ajeno, los que en algunas ocasiones tienen su origen en conductas ilícitas desplegadas por terceros.

Dada la no poca frecuencia de estas actividades centraremos nuestra atención –en el contexto de las estafas triangulares– en dilucidar si ese ardid es relevante típica y causalmente para producir un perjuicio en el patrimonio ajeno, sancionable a título de estafa.

2. De la estafa triangular

Tradicionalmente se ha señalado por la doctrina que las defraudaciones se caracterizan por constituir atentados contra el patrimonio ajeno, que se concretan en un detrimento o menoscabo de aquél, constituyendo el engaño el elemento esencial y el instrumento del cual el sujeto activo del delito se vale

1 El presente artículo está basado en una ponencia expuesta por el autor en la “Primera Jornada de Estudio sobre algunos Aspectos Penales relacionados con el Derecho Notarial y Registral convocada por la Fiscalía Regional del Bío-Bío y la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile.

2 Magíster en Derecho Penal, Asesor Jurídico Jefe, Fiscalía Regional VIII Región del Bío-Bío, Ministerio Público.

para perpetrar la conducta incriminada, con ánimo de lucro, en perjuicio de la víctima.

El Prof. Gustavo Labatut definió las defraudaciones como “*el logro abusivo de una ventaja patrimonial en perjuicio de un tercero, mediante engaño, abuso de confianza o en general, incumplimiento de una obligación*”³.

Para el Prof. Raimundo del Río “*dentro de un concepto general podemos apreciar la defraudación como un delito cometido contra el patrimonio de una persona, sin su voluntad y generalmente, con ánimo de lucrarse, interviniendo engaño, dolo, abuso de confianza o incumplimiento*”.

Recordemos que, influenciado por el Código Penal español de 1848, nuestro Código punitivo estableció bajo el título IX del Libro II (de los “Delitos contra la Propiedad”) una serie de tipos penales, entre los que por cierto, encontramos las defraudaciones –y en especial– la estafa (§7° De las defraudaciones, §8° Estafas y otros engaños).

Constituyendo pues las defraudaciones las figuras penales genéricas, corresponde que centremos nuestra atención en uno de sus tipos específicos: la estafa. Ésta se encuentra tipificada en el art. 468, el que se remite en cuanto a su penalidad al art. 476 del mismo cuerpo legal, contemplando además el art. 473 del mismo cuerpo legal una figura residual⁵. Por su parte el art. 494 N° 19 tipifica la denominada estafa-falta.

Existe consenso en la doctrina y jurisprudencia nacional en que para que se configure el delito de estafa deben concurrir los siguientes elementos: el engaño, el error, una disposición patrimonial y el perjuicio, todos ellos ligados entre sí por una relación de causalidad o de imputación objetiva.

El engaño consiste en “*una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas*”⁶. Para Etcheberry⁷, “*es toda acción u omisión capaz de crear en otra persona una falsa representación de la realidad, esto es, generar un error*”. Puede consistir en una actividad destinada a aparentar una cosa, situación o posición que no es real o con características que no posee (simulación), o destinada a ocultar aquellas que efectivamente posee (disimulación).

El error, “*es el concepto distinto al verdadero que alguien se forma de un hecho o circunstancia*”⁸. Se distingue de la ignorancia puesto que ésta supone el care-

3 Gustavo Labatut G. *Derecho Penal*. Tomo II. Citado por Hernán Silva S. en *Las Estafas*. p. 258.

4 Raimundo Del Río. *Derecho Penal*. Tomo III. Citado por Hernán Silva S. *Ibid.* p. 259.

5 Hernán Silva Silva. *Op. Cit.* p. 28.

6 José Antón Oneca. *Obras. Tomo III*. Citado por Mario Garrido Montt en su *Derecho Penal, Parte Especial*. Tomo IV. p. 321.

7 Etcheberry. *Derecho Penal. Parte Especial*. Citado por Hernán Silva S. *Op. Cit.* p. 259.

8 Mario Garrido M. *Ibid.* p. 326.

cer de todo conocimiento respecto de algo. Para incurrir en error la persona debe poseer capacidades mínimas para ser engañada; esto es, debe ser capaz de comprender su entorno y realidad y de tomar decisiones en base a ese conocimiento. Adelantemos aquí que no es exigencia del tipo que exista plena identidad entre el sujeto engañado y el que resulta perjudicado, pudiendo ser personas distintas; pero sí es imperativo que exista coincidencia entre quien incurre en el error y quien realiza el acto de disposición.

La disposición patrimonial, a su turno, es un elemento característico en la estafa y que la diferencia de otros delitos contra la propiedad como el hurto, toda vez que en éstos existe un apoderamiento de un bien por un tercero sin la voluntad de la víctima; en tanto que en la estafa, es esta víctima —precisamente— quien de propia “voluntad” hace la entrega. Por ello se la caracteriza como un delito de “autolesión”. Esta disposición patrimonial debe recaer sobre algo susceptible de ser valorado económicamente y la puede efectuar tanto el que sufre el perjuicio como un tercero; pudiendo consistir en una acción (entregar una suma de dinero) o una omisión (no exigir el pago del saldo insoluto del precio).

El perjuicio, por último, consiste en una disminución del patrimonio de la víctima, apreciable pecuniariamente. Titular de este perjuicio puede ser la persona que sufrió el engaño o un tercero. Cuando el perjuicio recae en un tercero distinto de la persona engañada, la doctrina señala que nos encontramos frente a una *estafa triangular* o *estafa en triángulo*.

Respecto de esto último, el Prof. Héctor Hernández⁹, nos ilustra en el sentido de que *se entiende por estafa triangular o en triángulo aquella en que el engañado realiza una disposición que no tiene efectos perjudiciales sobre su propio patrimonio, sino sobre uno distinto*. Uno de los clásicos ejemplos de estafa triangular es la denominada “estafa procesal”, conceptualizada como *la utilización, a sabiendas, en un proceso judicial, por una de las partes intervinientes o por ambos, de medios probatorios fraudulentos dirigidos a engañar al Juez, a fin de que dicte una sentencia errónea, dispositiva de propiedad, con perjuicio económico de otro*. Se caracteriza porque el engaño se dirige a un Juez, quien es quien incurre en un error como consecuencia, y en dicha virtud, resuelve en términos perjudiciales para el patrimonio de una de las partes o de un sujeto ajeno al procedimiento, pero a quien los resultados de éste, empecen¹⁰.

Existe amplio consenso en doctrina que en nuestro país es posible admitir la existencia de la estafa procesal, desde que —como lo señalamos— la construcción dogmática del delito de estafa exige sólo coincidencia entre la persona enga-

9 Héctor Hernández B. *La Estafa Triangular en el Derecho Penal Chileno. En especial la Estafa Procesal*. En: Revista de Derecho Universidad Austral, Volumen XXIII N° 1, Julio de 2001, p. 202.

10 Ibid, p. 215.

ñada y el disponente, y no entre éste último y el perjudicado. Sin embargo, tal afirmación no ha estado exenta de críticas, las que apuntan principalmente a:

- a) Que esas maniobras engañosas atentarían, antes que contra el patrimonio ajeno, contra la administración de justicia, por lo que la tipificación de la conducta habría que buscarla por esa familia de delitos (Ej. art. 207 del Código Penal delito de presentación de pruebas falsas en juicio).
- b) Que una demanda judicial no es un medio directo o conducente e idóneo para cometer este delito, porque el deudor será siempre llamado a defenderse y el Juez tendrá que resolver con las probanzas producidas en el juicio y lo que dispongan la ley y los principios de equidad natural; resultando que todo esto no conduciría a la consumación de la estafa, a menos que se apelare a otros delitos conexos (falsificación, perjurio, cohecho, prevaricación, etc.)¹¹.

Por último, sólo agreguemos en este punto, que la estafa procesal puede revestir dos modalidades: la primera, por la que una de las partes del juicio se vale de un ardid o engaño para que el Juez dicte una sentencia o resolución dispositiva de propiedad en perjuicio de la otra parte, a quien afecta esa resolución; y la segunda, cuando ambas partes del pleito se coluden para llevar a cabo procesos simulados o aparentes en los que simplemente se finge una controversia inexistente, con el único propósito de perjudicar a un tercero ajeno al pleito; como es el caso de simular un juicio laboral con el objetivo de crear un privilegio en perjuicio de los demás acreedores, o bien, disfrazar una donación a través de un juicio indemnizatorio simulado.

3. De la denominada estafa notarial

Ahora bien, a la luz de lo expuesto ¿es posible que notarios y conservadores puedan ser sujetos pasivos de engaño en una estafa triangular? Y más concretamente ¿es posible que como consecuencia de ese engaño puedan realizar –dentro de la esfera de sus atribuciones– actos de disposición de patrimonio ajeno en perjuicio de terceros?

Para la doctrina argentina¹² esta es la denominada “estafa notarial”, que también es una triangulación, toda vez que:

- a) El sujeto activo ejecuta el ardid con el que engaña al notario y lo hace incurrir en un error.

11 Contra Rafael Frías, Corte Suprema (1933). En: Gaceta 1933-2, 59-211.

12 Pablo Barbé D., Oscar J. García Rúa y José M. Lorenzo. *Estafa Notarial* En: Revista del Notariado, 2010, v. CXIII N° 900. Argentina, p. 99.

- b) El notario que es víctima del ardid, al igual que el juez en las estafas procesales, autoriza una escritura pública por la que se origina un perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo del delito.
- c) El sujeto pasivo del engaño no es el titular del patrimonio afectado, sino el notario, quien incurre en el error y en la consecuencial disposición patrimonial en razón del ardid.

La respuesta a la interrogante antes indicada dependerá de si estimamos que a la luz de nuestro sistema notarial y registral, estos funcionarios realizan o no actos jurídicos que importen disposición patrimonial.

Los notarios, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 399 del Código Orgánico de Tribunales (C.O.T.), *son ministros de fe pública encargados de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidiesen, y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende*. Sus funciones están señaladas en el art. 401 y de su organización tratan, además, los arts. 400 y 402 del mismo cuerpo legal.

Los conservadores por su parte, *son los ministros de fe encargados de los registros conservatorios de bienes raíces, de comercio, de minas, de accionistas de sociedades propiamente mineras, de asociaciones de canalistas, de prenda agraria, de prenda industrial, de especial de prenda y demás que les encomienden las leyes* (art. 446 C.O.T.). El párrafo 8° del Título IX del referido Código contempla normas sobre organización y atribuciones de los conservadores, sin perjuicio de la normativa complementaria vigente¹³. El art. 452 del C.O.T. prescribe que se extiende a los conservadores, en cuanto es adaptable a ellos, todo lo dicho en éste último cuerpo legal, respecto de los notarios.

Ahora bien, ¿es posible que ambos auxiliares de la administración de justicia, dentro de sus competencias, efectúen actos de disposición patrimonial?

Sólo para efectos de contextualizar, señalemos que por disposición patrimonial se ha entendido “*un hacer, sufrir u omitir que conduce a una disminución del patrimonio en sentido económico*”¹⁴, que “*puede consistir tanto en hacer entrega de o gravar una cosa, como prestar un servicio*”¹⁵, y que “*se integra por un elemento interno, la voluntad del sujeto pasivo, que aparece viciada por el error causante de esa voluntad, y otro externo, la transferencia de un valor patrimonial del área de dominio del sujeto activo a la del sujeto pasivo*”¹⁶.

13 Ej. Art. 686 y ss. del Código Civil, el D.L. 2695, Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, etc.

14 Edmund Mezger. *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 246. Citado por Hernán Silva S. Ibid, p. 51.

15 Miguel Bajo Fernández. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos Patrimoniales y Económicos*, p. 173. Citado por Hernán Silva S. Ibid, p. 52.

16 Cándido Conde-Pumpido F. *Estafas*, p. 85. Citado por Hernán Silva S. Ibid., p. 52.

Respecto de los notarios, si examinamos el art. 401 del C.O.T. en sus diversos numerales, pareciera ser que el ejercicio de su ministerio no importa *prima facie*, la realización de un acto jurídico que implique una disposición patrimonial propiamente tal; sino más bien, su labor se limitaría a lo que el numeral 6° del referido artículo señala como “*dar fe de los hechos para que fueren requeridos y que no estuvieren encomendados a otros funcionarios*”.

Lo anterior se ve abonado por las características de nuestro sistema de transferencia de dominio y otros derechos reales, que exige la concurrencia de dos actos jurídicos: el título y el modo de adquirir; y en donde la participación del notario, la mayoría de las veces, se limita a autorizar o extender los instrumentos en los que se da cuenta del primero –el título– y del que nace solamente un derecho personal para exigir que posteriormente se transmita el dominio por el obligado, mediante el correspondiente modo de adquirir.

Desde esta perspectiva y obrando sobre la base de una ardid dirigido contra el notario por el que incurre en un error y autoriza una escritura pública perjudicial para el patrimonio ajeno, la primera respuesta a nuestra interrogante se inclinaría por la negativa, en atención a que la transferencia de dominio, y por ende, la disposición patrimonial, sólo se produciría cuando opere el modo de adquirir como consecuencia del despliegue engañoso del agente; sin que en este último acto jurídico intervenga el referido notario.

Sin embargo, hay dos situaciones que quisiera plantear, que podrían llevarnos a la solución contraria:

- a) Si entendemos a la estafa (y a la estafa triangular como especie) como un delito contra el patrimonio y teniendo presente especialmente un concepto económico del patrimonio, esto es, una universalidad o unidad de valor económico conformada por el conjunto de bienes, derechos, posiciones u otros valores económicos respecto de los cuales una persona tiene el poder fáctico de disposición¹⁷; el hecho de extender el referido notario una escritura pública espuria a consecuencia del engaño desplegado por el agente ya constituye un acto de disposición patrimonial, toda vez que como lo dijimos anteriormente, ha nacido un derecho personal para exigir que posteriormente se transfiera el dominio por parte del obligado a través del correspondiente modo de adquirir; crédito o pasivo que no existía en el patrimonio del perjudicado hasta antes de tal actuación. Es decir, se ha producido el perjuicio típico.
- b) Otra situación, es el caso de la escritura pública extendida por el notario que constituye a la vez el título y el modo de adquirir. Ej. el art. 698 del Código Civil señala que *la tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública en que el tradente exprese constituirlo y el adquirente*

17 Héctor Hernández B. *Aproximación a la Problemática de la Estafa*. En: Problemas Actuales de Derecho Penal. Universidad Católica de Temuco, p. 156.

aceptarlo: esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato. Complementa lo afirmado el art. 53 N° 2 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, que contempla a las servidumbres como títulos que *pueden* (y que no deben) inscribirse. Puede suceder que por una misma escritura pública otorgada mediando engaño ante notario, se constituya y efectúe la tradición del derecho real de servidumbre de que es titular el sujeto pasivo del delito a un tercero, en perjuicio de éste. Resulta evidente que en situaciones como la descrita, el ministro de fe ha efectuado un acto de disposición patrimonial típico, desde que con su intervención en la extensión del documento junto a las demás formalidades legales, tal acto jurídico ha producido sus efectos.

En relación a los conservadores la respuesta al problema planteado en este trabajo dependerá del rol que cumpla la inscripción que practique. Si la misma cumple un rol de publicidad, de oponibilidad a terceros de ese acto jurídico o de mantener la historia de la propiedad raíz, pareciera ser difícil que la actividad de este ministro de fe implique un acto de disposición patrimonial, por muy amplios que éstos sean. Cosa distinta sucede en aquellos casos en que la referida inscripción juega el rol de ser la forma de efectuar la tradición del dominio y demás derechos reales, en que la perfección de la misma, con la firma del funcionario¹⁸, hace operar el modo de adquirir de los mismos, generando el perjuicio típico. En este último caso, a nuestro juicio, sí existe un acto de disposición patrimonial por parte del conservador, el que tiene como antecedente un error en que incurre en virtud de un ardid del que es destinatario y por ende genera un perjuicio patrimonial para el titular del derecho real.

Ahora bien, tratándose de los conservadores, surge una segunda interrogante: asumiendo que es posible que el sujeto activo de un delito de estafa dirija su engaño a este ministro de fe ¿es posible que ese engaño típico produzca un error en éste; o por el contrario, el procedimiento para tramitar las inscripciones en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces es tan formalizado que impide que el conservador pueda enjuiciar el objeto de ese procedimiento, y por ende, que obre sobre una falsa representación de la realidad?

Supongamos un conservador a quien se le solicita dolosamente la inscripción de un título falsificado en perjuicio del legítimo poseedor inscrito. Conforme al art. 13 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, el conservador no puede rehusar ni retardar las inscripciones, pero “*deberá, no obstante, negarse, si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles*”. Y si bien se tiende a interpretar esta última expresión con una menor amplitud que la que a primera vista pudiera atribuírsele en términos de reducirla a la mera verificación de requisitos formales¹⁹, al menos el ejemplo propuesto por la misma norma (“*si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolu-*

18 Art. 78 N° 5 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

19 Daniel Peñailillo A. *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, p. 170.

tamente) debería bastar para considerar que en estos casos el conservador sólo puede inscribir con la *convicción* de tratarse de título auténtico.

4. Jurisprudencia

Analicemos brevemente un fallo del 4° Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, pronunciado en los antecedentes RUC 0600505291-0, RIT 115-2007, respecto del cual se declararon inadmisibles los recursos intentados en su contra. Los hechos son los siguientes:

“La sociedad Río Bueno, representada legítimamente por Jorge Bulnes Rosales, adquirió en el año 2000, dos propiedades en el Parque Residencial Lo Curro, Santiago, correspondientes al lote 12 una de ellas, y la otra, correspondiente a los lotes 13 y 13’, ambas de la manzana C, avaluadas la primera de ellas en 18.850 UF (valor app \$346.621.340) (avaluó fiscal de 239.156.508) y la segunda de ellas en 27.431,10 UF (valor app. \$504.414.039.24) (avaluó fiscal de \$269.296.726).

En falsas reuniones de Directorio, en donde se supone la comparecencia de personas que realmente no la tuvieron, los días 01-02-2006, 27-03-2006 y 01-04-2006, se nombró como Gerente General de la mencionada sociedad al imputado Luis Eduardo Guerra Guerra, otorgándole facultades de enajenar bienes raíces, entre otras. Dichas sesiones de directorio fueron reducidas por el propio Guerra a Escritura Pública en la Notaría Bosch de Santiago, las dos primeras el 29 de marzo de 2006 y la última el 03 de abril de 2006.

Que con los antes mencionados instrumentos, se celebraron contratos de compraventa por cada una de las propiedades, entre Luis Guerra como aparente Gerente de Río Bueno y el imputado Gianfranco Nero Stuppa Sanhueza, procediéndose posteriormente a la competente inscripción de la tradición en el Conservador de Bienes Raíces de Santiago. En Particular, el lote 13 y 13’ por escritura pública de 30 de marzo de 2006 ante el Notario Camilo Valenzuela, Repertorio 824-2006, inscrita en el Conservador de Bienes Raíces de Santiago a fs. 21.012, N° 34.175, del registro de propiedad del año 2006; y el lote 12, por Escritura Pública de 22 de junio de 2006, celebrada ante el Notario Iván Tamargo, anotada en el repertorio bajo el número 1925-22-06-006, inscrita en el Conservador de Bienes Raíces de Santiago, a fs. 32928, número 53434, del registro de propiedad del año 2006.

Que con dichos documentos el imputado Stuppa recurrió a la empresa de Andrés Roccatagliata Reyes (e hijos) con el fin de celebrar contratos varios de mutuo hipotecario, el primer grupo en abril de 2006 y el segundo grupo en junio de 2006. En particular, el primer grupo de ellos celebrado ante el Notario Iván Perry Pefaur, el 10 de abril de 2006, anotados en el Repertorio 7.416 y 74167, inscribiendo las hipotecas respectivas a fojas. 22.424, número 28.602 y fojas. 22.424, número 28.603, del Registro de Hipotecas del año 2006, y las prohibiciones a fojas 11.330, número 20782 y fojas 11.330, número 20783, del registro de interdicciones y prohibiciones del año 2006; y el segundo grupo de ellos, otorgado ante la Notario Gloria

Acharan, el 12 de julio de 2006, anotados bajo los repertorios n° 16.849 y 16.851, cuyas hipotecas y prohibiciones sólo fueron ingresadas al Conservador de Bienes Raíces, sin lograr materializarse la inscripción.

En dichos contratos, según ya se adelantó, se entregaron en hipoteca las mencionadas propiedades con el fin de obtener, en la primera ocasión préstamos por \$130.000.000, cobrados mediante vale vistas entregados y pagados a Stuppa, dinero que posteriormente llegó en parte a manos de los otros imputados Hermosilla, Correa y Acuña Gómez; y en la segunda ocasión para obtener préstamos por \$100.000.000, los que también debían pagarse con vale vistas dejados con instrucciones ante la Notaría contra la presentación de la inscripción de la hipoteca, operación que fue frustrada al momento de la antedicha entrega.

Por lo tanto, en la especie, previo concierto entre los imputados Correa, Acuña Gómez, Hermosilla, Guerra y Stuppa, se fraguó una operación con documentación falsa que tuvo por objeto despojar a la Sociedad Río Bueno de dos propiedades de gran valor patrimonial a través de la reducción a escritura pública de falsas sesiones de directorio en dónde se suponía la intervención de personas que nunca la tuvieron.

Posteriormente, los imputados Correa, Hermosilla, Acuña Gómez y Stuppa, también concertados, utilizando dichos instrumentos falsos y las correlativas compraventas e inscripciones en el Conservador de Bienes Raíces, solicitaron y obtuvieron dos créditos de manos de Roccatagliata, aparentando bienes y una solvencia económica que realmente no tenían”.

Para el Ministerio Público, tales hechos constituyeron los delitos de estafas reiteradas del artículo 468 con relación al artículo 467 inciso final del Código Penal en perjuicio de la Sociedad Río Bueno, atribuyéndoseles participación de autores a los imputados Guerra, Stuppa, Correa, Acuña Gómez y Hermosilla, de un ilícito consumado. Además, estimó el persecutor, que se configuraron en la especie delitos reiterados de estafa en contra de Andrés Roccatagliata Reyes y Cecilia Roccatagliata Barra, el primer grupo de ellos por un total de \$130.000.000 en carácter de consumados, y el segundo grupo por un total de \$100.000.000 en carácter de frustrados, por cuanto los imputados Stuppa, Acuña Gómez, Hermosilla y Correa en calidad de autores, aparentando bienes o crédito, obtuvieron mutuos de parte de los afectados, configurándose por lo tanto ilícitos previstos y sancionados en el artículo 468 con relación al artículo 467 inciso final del Código Penal.

A su turno, en su acción penal, la parte querellante en el referido procedimiento indicó que, *actuando concertados para su ejecución, y usando un esquema defraudatorio que se desarrolló en la ciudad de Santiago entre los meses de febrero y julio del año 2006, que incluyó la falsificación de documentos, la utilización maliciosa de documentos falsos, la atribución de poderes inexistentes y la simulación de actos y contratos, los acusados engañaron al Conservador de Bienes Raíces de Santiago logrando que este inscribiera a nombre de don Gianfranco Nero Stupa San-*

huesa los inmuebles consistentes en los sitios números doce, trece y trece prima, de la manzana C del plano de loteo del Parque Residencial Manquehue, Lo Curro, de la Comuna de Las Condes, hoy Comuna de Lo Barnechea, de la Región Metropolitana, que eran de propiedad y se encontraban legítimamente inscritos a nombre de la sociedad Río Bueno S.A. a fs. 24.120 N° 25.821 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Santiago correspondiente al año 2001.

El acusador particular estimó que estos hechos, imputados a los acusados Rodolfo Correa Parra, Rigoberto Acuña Gómez, Gianfranco Stuppa Sanhueza y Luis Guerra Guerra, configuran los delitos reiterados de falsificación de instrumento público cometido por particulares (artículo 194 Código Penal, en relación con el art. 193 N° 2° y 4°) y uso malicioso de instrumento público falso (artículo 196 del Código Penal) en concurso ideal medial con el delito reiterado de estafa (artículo 468, en relación con el artículo 467, del mismo cuerpo legal).

Como podemos apreciar, la parte querellante sostuvo que la forma de comisión de uno de los delitos de estafa materia del juicio, consistió en presentar al Conservador de Bienes Raíces de Santiago, para su inscripción, títulos ideológicamente falsos; los que el referido funcionario inscribió erradamente en perjuicio de un tercero. Es decir, hizo sujeto pasivo del engaño típico al referido ministro de fe.

En lo pertinente, el Tribunal Oral en lo Penal, tuvo por acreditados los siguientes hechos:

Que Inversiones Osorno S.A. quedó constituida por escritura pública de 14 de febrero de 1996 y que el 30 de octubre de 2000 cambió su razón social por la de Sociedad Río Bueno S.A. sin alterar su giro relativo a inversiones, teniendo como principal accionista a la empresa uruguaya Rondalco S.A. con 1.302 acciones y al señor Wilfried Bench Porpfen, también de nacionalidad uruguaya, con 1 acción; quien, además, es el presidente del directorio. El representante en Chile de Río Bueno S.A. es don Jorge Hernán Bulnes Rosales, quien además detenta el cargo de director y gerente administrador desde el año 2.000, renovándosele los poderes de representación en mayo de 2005 con mayores facultades de gestión. En tanto la señora Ana María Lira Vergara ejerce el cargo de directora.

Respecto a su patrimonio, Río Bueno posee cinco solares o sitios que son los lotes 12, 13, 13',14 y 15 ubicados en la Manzana C, del plano de loteo del Parque Residencial Manquehue-Lo Curro, de la Comuna de las Condes, a la época comuna de Barnechea, que adquirió por compra que efectuó a la Compañía de Inversiones Transoceánica S.A. celebrada el 6 de noviembre de 2000. Otros bienes de Río Bueno S.A. consisten en acciones en "Marinsa", "Vapores" y "Cenco Sur".

Esta sociedad Río Bueno S.A. desarrolló las actividades propias de su giro en forma normal, manteniendo la posesión regular de sus bienes inmuebles hasta que sin conocimiento y en ausencia de sus directores y representantes señores Bench Propfen

y Bulnes Rosales y señora Lira Vergara, durante los días 29 de marzo y 3 de abril, ambos del año 2006, individuos que no guardaban ninguna relación con su gestión y propiedad redujeron a escrituras públicas una inexistente junta ordinaria de accionista supuestamente celebrada el 1 de febrero de 2006, en la que se indica que se renueva la totalidad el directorio de Río Bueno S.A. quedando constituido por don Wilfred Bench Propfen, don Jorge Bulnes Rosales y don Luis Eduardo Guerra Guerra, en reemplazo de la señora Ana María Lira Vergara, siendo en la realidad Guerra Guerra un absoluto desconocido para los señores Bench y Bulnes. Un acta de una imaginaria sesión de directorio teóricamente celebrada el 27 de marzo de 2006 en la que se constituye el Directorio y se otorgan poderes para actuar a nombre de Río Bueno S.A. como Director Gerente, a don Luis Eduardo Guerra Guerra. Y, un acta de una falsa Junta Extraordinaria de Accionista de Sociedad Río Bueno S.A., celebrada aparentemente el 1 de abril de 2006 en la que ratifican todos los fingidos poderes dados a Luis Eduardo Guerra Guerra, acordándose además, por unanimidad facultarlo expresamente para que en virtud de tales falaces poderes otorgados por el simulado Directorio y que se están ratificando, proceda a la compra y venta de activos de la sociedad, sean estos bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, derechos u acciones sobre los mismos.

Con los espurios mandatos que detentó don Luis Eduardo Guerra Guerra se arrogó la representación de la Sociedad Río Bueno S.A. y en esta falsa calidad urdió con los mismos individuos con los que redujo a escritura pública las artificiales reuniones de directorio de Río Bueno, dos contratos de compraventa en las que actuó como quimérico comprador don Gianfranco Nero Stuppa Sanhueza, fechados el 30 de marzo de 2006 y el 22 de junio de 2006. En el primer falaz documento se indica que el señor Guerra, en representación de Río Bueno S.A. vendió, cedió y transfirió el inmueble, sitio, asignado con el número trece y trece prima en veintiséis mil unidades de fomento, equivalentes al 30 de marzo del 2006 a \$465.822.240, al señor Stuppa; y en el segundo engañoso instrumento se expresa que el señor Guerra Guerra por mandato de Río Bueno S.A. vende, cede y transfiere el sitio número doce, ubicado en calle Vía Celeste N° 9979, de la Comuna de Vitacura, también al señor Stuppa, en veintitrés mil setecientos veintisiete coma treinta y siete unidades de fomento, que al día 22 de junio de 2006 representaban \$430.455.540,1.

Una vez reducidos a escrituras públicas los dos documentos que en lo formal tenían apariencia de ser compraventas de inmuebles celebradas entre Gianfranco Nero Stuppa Sanhueza y la sociedad Río Bueno S.A. fueron presentados ante el Conservador de Bienes Raíces de Santiago. El contrato de compraventa relativo al sitio 12 fue presentado por los propios sujetos que lo fraguaron, quedando inscrita la propiedad a nombre de Gianfranco Nero Stuppa Sanhueza, desde el día 29 de junio de 2006 y hasta la fecha en el Registro de Propiedades del año 2006 a fs. 32.928 N° 53.434. Respecto a la unidad conformada por los sitios 13 y 13' también se inscribió a fs. 21.012 N° 34.175 en el Registro de Propiedades del Conservador de Bienes Raíces de Santiago el 25 de abril de 2006, a solicitud de la abogada señorita Angélica Paz Catalán Appelgren, persona absolutamente ajena a las falsificaciones realizadas

para apropiarse de bienes inmuebles de Río Bueno S.A., la que intervino al prestar servicios profesionales a la Empresa Roccatagliata, a través de la cual los partícipes de las falsificaciones solicitaron mutuos hipotecarios entregando en garantía los sitios 13, 13` y 12.

En definitiva, el Tribunal Oral resolvió condenar a los acusados en calidad de autores de delitos reiterados de falsificación de instrumentos públicos y de delitos reiterados de uso malicioso de instrumentos públicos y de estafas consumadas y frustradas en perjuicio de la Sociedad Río Bueno S.A. y de Andrés Roccatagliata Reyes y Cecilia Roccatagliata Barra, respectivamente.

Ahora bien, sobre el punto anotado precedentemente de la acusación particular deducida por el querellante que se refiere al engaño sufrido por el Conservador, sentenció el Tribunal que *al no haberse realizado ningún ardid para inducir a los representantes de Río Bueno a hacer disposición de sus bienes, sino que el perjuicio que esta persona jurídica soportó en su patrimonio fue producto de unas falsificaciones de instrumentos públicos y uso malicioso de los mismos documentos que se fraguaron sin el conocimiento y a espaldas de quienes tenían el poder para representarla, no se configura a su respecto el delito de estafa*, y en consecuencia, dictó a favor de los acusados – en relación a este único hecho – sentencia absolutoria en relación a los delitos de estafa en perjuicio de Río Bueno S.A. que invocó la parte querellante²⁰.

5. Notarios y conservadores como “víctimas” de la estafa notarial

Finalmente, para la doctrina argentina ya citada, tratándose de la estafa notarial y a diferencia de la estafa procesal, el notario o escribano que obró por error y de absoluta buena fe es, también, un damnificado o víctima del delito. Ello porque el “perjuicio”, como elemento de la estafa y al no tener una definición legal, puede ser entendido en un sentido amplio. En efecto, el Diccionario de la RAE lo define como “*el efecto de perjudicar*” y a este último término lo significa como “*ocasionar daño o menoscabo material o moral*”²¹. Al confeccionar el escribano un título viciado por error inducido en razón del aludido ardid delictual, *se empaña el concepto [honorabilidad] de que antes gozaba el notario, en el ejercicio de su función, y ello conforma daño moral*. Efecto de esta interpretación es que –eventualmente– el funcionario afectado puede ejercer todos los derechos que el ordenamiento procesal penal le confiere a las víctimas (art. 109 del Código Procesal Penal) Ej. presentar querrela, ejercer acciones civiles contra el imputado, etc.

Contra esta tesis, está la que sostiene que al no entregar el art. 108 del mismo cuerpo legal un concepto científico de víctima, sino que sólo considerar por tal al *ofendido por el delito*, lo que corresponde hacer es recurrir a un concepto

20 Considerando sexto numeral 1°.

21 Pablo Barbé et. al. Ibid, pp. 99 y siguientes.

dogmático y considerar víctima al *sujeto pasivo del delito*; esto es, el titular o portador del bien jurídico tutelado y que es lesionado o puesto en peligro por aquél.

En efecto, se hace necesario diferenciar –tratándose de bienes jurídicos individuales como la propiedad o el patrimonio– entre *el sujeto pasivo de la acción* y *el sujeto pasivo del delito*. El primero es la persona sobre la cual recae la acción típica, y el segundo, el titular del bien jurídico afectado. Ej. en el caso de que alguien hurte a un niño el bolso de propiedad de su madre, será el menor el sujeto pasivo de la acción y su progenitora el sujeto pasivo del delito. Tratándose de la estafa en que el bien jurídico protegido es el patrimonio, será exclusivamente víctima el titular de ese patrimonio perjudicado por el delito.

6. Conclusiones

A manera de conclusión señalemos que desde nuestra perspectiva, es posible que bajo el esquema de una estafa triangular notarios y conservadores puedan ser sujetos pasivos del engaño típico, en términos que les haga incurrir en un error y en virtud de éste puedan –en determinadas situaciones– efectuar dentro del ámbito de sus competencias, actuaciones que importen actos de disposición sobre patrimonio ajeno, que impliquen un perjuicio para el titular de éste.

No obstante lo anterior, admitimos que en la mayoría de las ocasiones, tal situación estará acompañada con otras conductas respecto de las cuales existirá un concurso medial con otros de delitos, tales como falsificación o uso malicioso de instrumentos públicos o privados, o bien, una concurrencia aparente de leyes penales, como por ejemplo, respecto de la figura del art. 473 del Código Punitivo.

Sin embargo, hemos querido traer a colación una problemática de relativa frecuencia en materia de delincuencia económica y delitos patrimoniales, en que su escaso tratamiento doctrinal no impide efectuar una propuesta o una visión alternativa en relación al ya más que centenario análisis del delito de estafa.

7. Bibliografía

- Barbé D., Pablo, García Rúa, Oscar J. y Lorenzo, José M. “Estafa Notarial”. En: Revista del Notariado, 2010, v. CXIII N° 900. Argentina.
- Cabrera Guirao, Jorge y Contreras Enos, Marco. “El Engaño Típicamente Relevante a Título de Estafa”. Ed. Legal Publishing. 1ª edición. 2009.
- Garrido Montt, Mario. Derecho Penal, Parte Especial. Tomo IV. Ed. Jurídica de Chile. 1ª ed. 2000.

- Hernández Basualto, Héctor. “Aproximación a la Problemática de la Estafa”. En: Problemas Actuales de Derecho Penal. Universidad Católica de Temuco. 2003.
- Hernández Basualto, Héctor. “La Estafa Triangular en el Derecho Penal Chileno, En Especial la Estafa Procesal”. En: Revista de Derecho Universidad Austral de Valdivia, Volumen XXIII N° 1, Julio de 2001.
- Mera Figueroa, Jorge. “Fraude Civil y Fraude Penal. El Delito de Entrega Fraudulenta”. Ed. Jurídica Conosur Ltda. 2ª edición. 1994.
- Peñailillo Arévalo, Daniel. “Los Bienes”. Ed. Jurídica de Chile. 2ª edición. 1991.
- Silva Silva, Hernán. “Las Estafas”. Ed. Jurídica de Chile. 2ª edición. 2005.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE
Y DELITOS VIOLENTOS

PROBLEMAS RELATIVOS A LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE

Edison Carrasco Jiménez¹

I. Exposición

Recientemente se han venido produciendo una serie de problemas interpretativos y dogmáticos en relación a la prescripción de la acción penal a nivel jurisprudencial, y fundamentalmente en el seno del derecho penal adolescente en Chile.

El objetivo de este estudio, es exponer principalmente dos de los problemas sobre prescripción que han surgido desde la praxis judicial y expresar la tendencia de los tribunales respecto de los mismos y sus argumentos de apoyo. Finalmente nos haremos cargo de la discusión general sobre ambos problemas, para asumir finalmente una u otra postura de modo argumentado.

Para el análisis de la jurisprudencia se hará revisión de la base de sentencias con que cuenta la *Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos* de la Fiscalía Nacional.

II. Breve referencia normativa

Es necesario tener en consideración, dentro del espectro general normativo en materia de prescripción, la disposición que establece especialidad en el derecho penal adolescente. Ésta, es el artículo 5 de la Ley 20.084 (LRPA, en adelante), que señala:

“La prescripción de la acción penal y de la pena será de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, en que será de seis meses”.

En materia de plazos, hace diferencia con la norma general del art. 94 del Código Penal (CP, en adelante), el que establece diez años para los crímenes, cinco para los simples delitos y seis meses para las faltas. El siguiente cuadro lo explica esquemáticamente.

	LRPA	CP
Crimen	5 años	10 años
Simple delito	2 años	5 años
Falta	6 meses	6 meses

¹ Abogado de la Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Fuera de esta disposición normativa del art. 5 LRPA, referida a una diferenciación con los plazos, no existe otra disposición relativa al tema de la prescripción en la Ley N° 20.084.

III. Los problemas específicos

1. Pena abstracta versus pena concreta: criterio incluyente y criterio excluyente del art. 21 LRPA

Previamente hemos de señalar lo que consigna el artículo 21 de la LRPA, dado que éste es centro de definición del problema aquí expuesto:

“Reglas de determinación de la extensión de las penas. Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código”.

El problema en específico aquí planteado, dice relación con el *punto de partida* para computar el plazo de prescripción de la acción penal en el derecho penal adolescente. Dos posiciones son posibles de reconocer en la praxis judicial:

- Una, que señala que el plazo de prescripción tiene su punto de partida para el cómputo, en la *pena concreta*, esto es, solo habiéndose aplicado previamente el artículo 21 de la Ley N° 20.084 sobre determinación de penas y, por ende, la rebaja en grados de pena que allí se establece, se hace posible contar con un piso desde el cual establecer el cómputo de la prescripción.
- Otra, aquella según la cual es la *pena en abstracto* el punto de partida para el cómputo, ello es, el que no se considera el artículo 21 del cuerpo legal citado en primer lugar, sino que, se considera únicamente la disposición normativa especial del art. 5 de la LRPA como punto de partida para el cómputo.

Ambas posiciones aplican el art. 5 de la LRPA para el cómputo de la prescripción de la acción penal, por su especialidad, por ende, cinco años para crímenes y dos años para simples delitos. En lo que se difiere es en la aplicación del art. 21 de la LRPA con posterioridad al del art. 5 de la LRPA, para desde esa base recién computar la pena y determinarla como crimen o simple delito y determinar el plazo de prescripción que corresponde en el caso concreto.

La primera tesis, entonces, incluye el art. 21; la segunda, lo excluye. A la primera la llamaremos *criterio incluyente del art. 21 de la LRPA*, y a la segunda, *criterio excluyente del art. 21 de la LRPA*.

Ambos criterios, surgen a raíz de sus debates en la praxis judicial y se hace posible distinguirlos en la jurisprudencia.

En efecto y actualmente, se hace posible distinguir cuatro fallos de Corte (de Apelaciones), que se pronuncian respecto al tema. Tres de estos fallos se inclinan por el *criterio excluyente del artículo 21 de la LRPA*, en cambio, sólo uno vota el *criterio incluyente*.

a. Jurisprudencia que asume el criterio excluyente del artículo 21 de la LRPA

El primer fallo reseñado, es el de la Corte de Apelaciones de San Miguel, del 1° de marzo del 2012, Rol 176-2012. El mismo surge por la apelación a una sentencia del 15° Juzgado de Garantía de Santiago, del 26 de enero del 2012, fallo según el cual, se decreta el sobreseimiento definitivo de un adolescente por el delito reiterado de abuso sexual contra menores del art. 366 *bis* en relación al art. 366 *ter* del Código Penal, fundado en la prescripción de la acción penal. Esto, en razón de haber transcurrido más de 2 años (pero menos de 5 años) desde la comisión del último evento. Si bien el art. 5 de la LRPA señala 5 años para crímenes, el fallo razona que en la especie el delito de abuso sexual sería de simple delito, puesto que aplicándose el artículo 21 de la LRPA y con la rebaja en grados que éste ordena, el plazo de prescripción de la acción penal habría de rebajarse en tiempo equivalente al de dos años, con lo cual no se estaría en presencia de un crimen sino más bien de un simple delito.

La Corte de Apelaciones de San Miguel, revoca la sentencia apelada por el Ministerio Público. El fundamento neural en relación al problema, lo puede expresar el *considerando cuarto* de la sentencia:

“Que en relación al asunto debatido en autos, es dable tener presente que del análisis de lo establecido por el artículo 5° de la Ley N° 20.084, estos sentenciadores estiman que de ella se desprende que para efectos del cómputo del plazo de prescripción pertinente debe considerarse la pena en abstracto asignada por la ley al ilícito materia de autos, marco punitivo que en este caso, corresponde al presidio menor en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo –correspondiente a una penalidad de crimen–, motivo por el que debe aplicarse a su respecto el término de cinco años previsto en la norma precitada”.

El segundo fallo, es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, del 2 de agosto del año 2012, Rol N° 185-2012. Dicho fallo se pronuncia por una situación de hecho semejante al caso anterior, claro que por el delito de amenazas condicionales del art. 296.3 CP. Se reproducen los considerandos 1 a 9 de dicha sentencia:

“1).- Que, por resolución de 13 de julio de 2012, el Juzgado de Garantía de Castro rechazó la petición de la defensa de declarar la prescripción

de la acción penal formalizada en esta causa, por el delito de amenazas no condicionales previsto en el N° 3 del art. 296 del Código Penal;

2).- Que, la pena que se atribuye al referido delito es la de presidio menor en su grado mínimo;

3).- Que, el art. 94 del Código Penal dispone que la acción penal prescribe respecto de los simples delitos en 5 años; que la pena asignada al delito por el cual se ha formalizado es de simple delito;

4).- Que, el art. 5 de la ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal dispone que la prescripción de la acción penal será de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de los cuales será de 5 años, y de las faltas, en que será de 6 meses.

5).- Que, respecto de los simples delitos, entonces, la ley 20.084 varía con respecto al Código Penal en que prescripción de la acción por simples delitos perpetrados por adolescentes es de 2 años;

6).- Que, en la especie, el imputado (...), era menor de 18 años a la fecha del delito el 25 de julio de 2011; en este entendido, la defensa de acuerdo a lo previsto en el art. 21 de la ley 20.084, sostiene que en el caso presente la infracción es una falta y prescribe en 6 meses, porque las penas se aplican a partir del grado inferior en grado al mínimo de la pena asignada por la ley al delito de que se trata;

7).- Que, el art. 21 de la Ley 20.084 que establece reglas de determinación de la extensión de las penas señala que “para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el párrafo 4 del título III del libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el art. 69 de dicho Código;

8).- Que, el art. 21 constituye una regla de aplicación de pena; pero el art. 5, al establecer los plazos de prescripción de la acción penal no varía en cuanto a la clasificación de los delitos, por lo que la fecha desde la cual corre el plazo para computar la prescripción de las acciones penales es el día en que se hubiera cometido el delito (art. 95 Código Penal);

9).- Que, el delito de amenazas por el cual se ha formalizado se perpetró el 25 de julio de 2011, y se formalizó al imputado como autor del mismo el 24 de mayo de 2012, por lo cual no había transcurrido aún el plazo de 2 años para la prescripción de la acción penal del delito mencionado”.

El tercer fallo, es de la misma Corte de Apelaciones de Puerto Montt, del 7 de octubre del año 2012, Rol 198-2012. Siendo difícil ya variar este criterio para la misma Corte (más aún, cuando el fallo se dicta con diferencia de sólo cinco días), sigue los mismos delineamientos del fallo anterior, aunque sin explicitar mayormente argumentos para confirmar la resolución apelada por la Defensa, la cual acoge por ende el *criterio de exclusión del artículo 21 LRPA*.

b. Jurisprudencia que asume el criterio incluyente del artículo 21 LRPA

El único fallo conocido de Corte de Apelaciones que sostiene el criterio de inclusión del art. 21 de la LRPA, es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, del 12 de septiembre del 2011, Rol 299-2011, que confirma la sentencia del Juzgado de Garantía de Osorno del 10 de agosto del 2011, según la cual, el delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación del art. 440.1 CP cometido por menor de edad es un simple delito, debido a la rebaja que establece el artículo 21 de la LRPA. El fallo citado, no proporciona mayores fundamentos en la sentencia, y sólo se limita a dar lugar a la apelación y a mencionar la especialidad de la LRPA como la única idea fuerza del fallo.

c. Discusión de los criterios planteados y toma de postura

La dirección hacia la cual nos inclinamos, es el *criterio excluyente del art. 21 de la LRPA*, por los argumentos que pasamos a exponer a continuación.

• LA LÓGICA DEL SISTEMA GENERAL EN RELACIÓN AL SISTEMA ESPECIAL DE LA LRPA

El sistema general en materia penal, esto es, el Código Penal, establece un estatuto para la prescripción (arts. 93 y ss.) y otro para la aplicación de las penas (arts. 50 y ss.). En el sistema general y para el cómputo de la prescripción, se toma en consideración la *pena en abstracto*, sin previamente proceder a aplicar las normas sobre determinación de pena para definir la naturaleza de crimen, simple delito o falta de un ilícito penal. Esto contiene un principio lógico. Si se van establecer categorías respecto de los delitos, resulta del todo ilusorio el establecimiento de dichas categorías que funcionan en abstracto, si dicha categoría se hace depender de la pena en concreto y en cada caso en la especie. Nunca sabríamos de antemano, si estamos ante un crimen o un simple delito. Es por ello que el sistema general, no sólo establece una clasificación en base a categorías, que obviamente son en abstracto, sino además, separa los estatutos de la prescripción y de la determinación de la pena, para entender que la prescripción tiene como punto de partida la pena en abstracto, y nunca la pena en concreto. De lo contrario, existiría una disposición normativa que explanara su aplicación respecto de la pena en concreto, disposición inexistente.

Esto, no habría de ser diferente en la legislación penal adolescente en Chile, ya que la especialidad de la LRPA no establece un principio que subvierta la

lógica del sistema general en esta materia, y el argumento de la especialidad nunca sería suficiente para argumentar en contra de este sistema general. Esto porque la especialidad no reza que toda disposición normativa se aplica en beneficio del adolescente, aun a expensas de fracturar y romper toda lógica del sistema general.

Existiendo así, en la LRPA dos estatutos diferenciados como son el de la prescripción y el de determinación de la pena, no se ve qué argumento podría sostener el hecho que el último podría aplicarse con anterioridad a la primera, de modo diferenciado al sistema general, sin existir una disposición normativa de apoyo que resolviera la supuesta controversia de la aplicación del art. 21 de la LRPA con precedencia a la aplicación del art. 5 de la LRPA.

- EL OBJETO DEL ARTÍCULO 21 DE LA LRPA

El elemento gramatical, centra el objeto del artículo 21 de la LRPA. Según el citado, este reza: “Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar...”. Dicho de otro modo, el objeto del art. 21 es dotar de una regla que establezca una base desde la cual aplicar las normas generales de determinación de la pena. El mismo lema del artículo así lo señala (“Reglas de determinación de la extensión de las penas”), y esto, en relación al epígrafe del Párrafo 5°, bajo el cual milita la disposición normativa comentada (“De la determinación de las sanciones”).

Así, este artículo responde a la pregunta, qué pena aplicamos tratándose de un adolescente infractor, y la respuesta es, no las reglas generales en el Párrafo 4 Título III del Libro I del Código Penal, sino desde la base de la pena (en abstracto) inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, y luego, desde esa base, aplicamos las reglas generales de determinación de la pena.

Éste es el objeto de la disposición normativa del artículo 21 de la LRPA, y no otro.

- LA NECESIDAD DE LA PENA COMO FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción es un evento que extingue la responsabilidad penal, según el art. 93 del Código Penal chileno. Al hablar de “responsabilidad penal” implica una responsabilidad ya nacida, y que por ello, ocurre el evento de su extinción. Pero la prescripción mira a dos aspectos por los cuales establece una diferencia: la acción penal y la pena.

En la prescripción de la acción penal (art. 93 N° 6, CP), si bien la responsabilidad penal ha nacido, no se ha ejercitado la acción penal o habiéndose ejercitado, el tiempo de prescripción siguió corriendo hasta su término. Por ende, en este caso, no existe pena impuesta. Diferente es el caso de la pres-

cripción de la pena, donde sí existe una pena ya impuesta, pero materialmente incumplida.

Prácticamente todos los casos planteados en este problema, dicen relación con la prescripción de la acción penal. En ella, la responsabilidad personal por el delito ya ha nacido y se ha configurado. Esto es, que existe una conducta típica, antijurídica y responsable, y respecto de la cual no existen fenómenos de la llamada “punibilidad”², tal como excusas legales absolutorias o las condiciones objetivas de punibilidad. En este sentido, la prescripción ha de ser comprobada en último término. Dicho de otro modo, si su fundamento se encuentra en la necesidad de la pena³, y por ende, en una pena que no ha de imponerse nunca (por el evento de la inexorabilidad del tiempo aparejada a la prescripción), entonces poco tiene que hacer aquí alguna disposición normativa como el artículo 21 de la LRPA sobre la determinación o aplicación de la pena.

2. Problema de la prescripción de la reincidencia en la jurisprudencia sobre adolescentes infractores

Algunos otros problemas producidos, vienen de la mano de la llamada en doctrina “prescripción de la reincidencia”, la cual figura como disposición normativa en el art. 104 del CP y que reza: “Las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de diez años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos”.

Esto tiene repercusión en la LRPA, ya que en la praxis judicial se ha intentado hacer valer que en los casos de antecedentes previos del adolescente en un juicio, para la prescripción de la reincidencia del art. 104 del CP, se aplicarían los plazos que señala el art. 5 de la LRPA (5 crímenes, 2 simples delitos) y no los que establece el art. 104, con lo cual surge el problema de si la prescripción de la reincidencia posee plazos propios para la responsabilidad penal adolescente.

Para analizar este problema, se hará necesario revisar la cristalización del debate en el foro desde donde surge la problemática, esto es, la jurisprudencia.

• JURISPRUDENCIA QUE HACE PROCEDENTE EL ART. 104 DEL CP

Existen tres sentencias conocidas de Corte de Apelaciones y que contienen el criterio de hacer procedente el art. 104 del CP, de las cuales pasamos a hacer revisión de ellas.

2 Bustos, Juan, *Obras Completas. Derecho penal. Parte General*. Tomo I, 2ª edición, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2007, p. 649.

3 Bustos, J., op. cit., p. 481.

En primer lugar, se cuenta con la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua del 17 de octubre del 2011, Rol N° 290-2011. El caso se presenta en un adulto quien comete un delito de robo (2010), y como tenía una anotación prontuarial respecto del mismo delito pero cometido en tanto adolescente (2002), le agrava la circunstancia del art. 12 N° 16, según el Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 181-2011. La defensa deduce un recurso de nulidad en su contra, fundado en el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, por una errónea aplicación del derecho, con la finalidad de desestimar la agravante de la reincidencia y beneficiarlo con alguna de las medidas alternativas de la Ley N° 18.216. El objeto de la alegación, es la prescripción de la reincidencia basado en los plazos del art. 5 de la LRPA, por lo cual se solicita la prescripción por el transcurso del plazo de 5 años antes que el de 10 años. El fundamento es el *principio indubio pro reo* de los incisos 2° y 3° del art. 18 CP.

El considerando quinto de la sentencia de alzada señala lo que sigue:

“...no resulta ser menos cierto que lo acá alegado no es la prescripción, sino la no concurrencia de la circunstancia agravante de responsabilidad, ya descrita, la que por mandato legal del artículo 104 ya mencionado, no se puede aplicar respecto de crímenes después de diez años, contado desde ocurrido el hecho, por lo que es necesario colegir que lo establecido en este último artículo no dice relación con la prescripción, puesto que ésta última, tanto respecto de la acción penal como de la pena, puede y en algunos casos debe contabilizarse desde una fecha distinta a la de la ocurrencia del hecho y, aún más, bien se puede entender, que de no existir la disposición antes indicada dicha agravante no tendría límite temporal, toda vez que esta no dice relación con el instituto de la prescripción, motivo por el cual debe necesariamente colegirse que el artículo 104 del Código Penal regula una materia distinta a la prescripción, por consiguiente los sentenciadores del fondo, cumpliendo con el principio de legalidad, dieron una correcta aplicación en la sentencia recurrida, al artículo 12 N° 16 del mismo cuerpo legal...”.

Y en el considerando sexto, respecto de la alegación del principio *indubio pro reo*, la sentencia señala: “...en atención a que el artículo 18 ya mencionado se refiere al caso que la ley posterior exima al hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, lo que en la especie no ha ocurrido en el texto legal invocado por la defensa...”.

Por estas razones, la sentencia rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la defensa.

La segunda sentencia, de la Corte de Apelaciones de Temuco del 25 de agosto del 2010, Rol N° 569-2010, que falla igualmente un recurso de nulidad en contra de la sentencia de una sala del Tribunal Oral en lo Penal de la ciudad de Temuco, RUC N° 0901158440-0 y RIT N° 086-201, por idénticos presupuestos jurídicos que el fallo anterior (reincidencia, no concesión beneficios Ley N° 18.216, recurso de nulidad por el art. 373 letra b) CPP), rechazando la pretensión de la defensa de desestimar la aplicación del art. 104 del CP. Uno de los argumentos de la defensa discutidos y no admitidos por la sentencia, es el que las *Reglas de Beijing* deben ser respetadas por los Tribunales, en el sentido de aducir su obligatoriedad. El fallo, por el contrario, sostiene el carácter de tipo recomendatorio de dichas reglas, y que contarían sólo con un carácter programático (con lo que se funda este aserto en lo resuelto por la Corte Suprema en sentencia de fecha 10 de septiembre de 2003, Rol N° 2837-03), y que no es ni un instrumento internacional ratificado por Chile ni ha cumplido con el procedimiento de incorporación a la legislación chilena. Por lo demás, y siguiendo lo fallado en la sentencia del 23 de septiembre del 2009 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 918-2009, que de la Historia de la Ley N° 20.084 se desprende que el objetivo de la regulación de la prescripción, fue el ceñirse a las reglas generales.

La tercera sentencia, es de la misma Corte de Apelaciones de Temuco del 20 de octubre del 2011, Rol N° 869-2011, y se encuentra en similares circunstancias que los fallos anteriores. La sentencia, rechaza las alegaciones de la defensa, fundada en que existe un vacío en cuanto a la regulación de la prescripción de la reincidencia, y que por ende, se aplicaría la regla establecida en el art. 104 del CP. Por otro lado razona que si bien existe una disposición en las Reglas de Beijing relativas a la no aplicación de los antecedentes siendo adolescentes (Regla 21.2), señala –y siguiendo expresamente la sentencia anterior– que éstas no han sido incorporadas al ordenamiento jurídico chileno, lo que confirma la aplicación del art. 104 del CP.

La cuarta sentencia de la misma Corte de Apelaciones de Temuco, del 17 de enero del 2012, Rol 1145-11, se funda en la existencia de un vacío en la LRPA respecto de la prescripción de la reincidencia, y en el carácter no vinculante de las *Reglas de Beijing* para desestimar los antecedentes anteriores del adolescente.

- JURISPRUDENCIA QUE RECHAZA LA APLICACIÓN DEL ART. 104 DEL CP

El único fallo de Corte conocido y que sigue este criterio, es el de la Corte de Apelaciones de Temuco, del 9 de agosto del 2011, Rol N° 660-2011, el cual rechaza las alegaciones del Ministerio Público, fundado en la especialidad de dicho art. 5 de la LRPA, sin mayores argumentos.

IV. Observaciones a la jurisprudencia y toma de postura en los criterios señalados

Claramente el criterio predominante en la jurisprudencia de Corte, al menos entre los fallos pesquisados, es el de la aplicación del art. 104 del CP.

Llama la atención, en todo caso, que existiendo dos sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco que van en una dirección, exista otra que bajo exactamente los mismos presupuestos de las anteriores, tienda a ir en la línea contraria, lo cual implica que no se asume aún por dicha Corte, un criterio uniforme que defina una tendencia, y establezca una jurisprudencia unívoca.

Ahora bien, el criterio seguido por nosotros, es el de la jurisprudencia mayoritaria, esto es, la aplicación del art. 104 del CP, por los argumentos que pasamos a señalar:

- EL ELEMENTO GRAMATICAL EN EL ARTÍCULO 5LRPA

El artículo 5 de la LRPA, sólo hace mención de modo literal a la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena, pero nada dice de la prescripción de la reincidencia. No se entiende el por qué hacer una interpretación de tal modo extensiva, que aun supere descriptivamente a los institutos que se expresan literalmente.

- LA EQUÍVOCA APLICACIÓN DEL “PRINCIPIO INDUBIO PRO REO”

El argumento sobre la aplicación del principio *indubio pro reo*, del inciso 2° y 3° del art. 18 del CP alegado ante estrados, es equívoco desde dos puntos de vista.

En el primero, sólo se refiere al cambio temporal de leyes, como bien ha expresado la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua Rol N° 290-2011 ya citada.

En segundo lugar, no es de aplicación general, sino más bien procesal⁴, y sustantivamente reservada para el ámbito temporal de leyes respecto de los cua-

4 Señala Cury lo siguiente: “Sobre todo, conviene subrayar que el *in dubio pro reo* no constituye una regla de interpretación de la ley penal. Si fuera así, cada vez que existieran dudas sobre el sentido de un precepto, habría que atribuirle el que resulte más favorable para el autor, restringiendo o extendiendo su eficacia, según los casos, al margen de cualquier otra consideración hermenéutica. Este, por supuesto, no es el espíritu de la ley, pues una regla de esa clase no puede deducirse de su contexto (Cury, Enrique, *Derecho penal. Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 120). En el sentido de ser un principio adjetivo, Cfr. Politoff, Sergio/Matus, Jean Pierre/Ramírez, M^a Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte General*, 2^a edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 113.

les lejos de existir una duda, como señala Cury, la ley ya ha resuelto cómo aplicarla⁵.

- EL ELEMENTO SISTEMÁTICO Y ESPECIALIDAD DEL SISTEMA

No existe dentro de la LRPA, ni en leyes relativas a la materia, ninguna disposición referida a la prescripción de la reincidencia en materia de adolescentes. La única lejanamente relacionada, es la del art. 2º, inciso final del DL N° 645, de 1925, que crea el Registro Nacional de Condenas, pero que por su tenor literal, no es relativa a la materia, como ya se señaló *Supra*.

De acuerdo a esto, si en el sistema general existen disposiciones referidas a la prescripción de la acción penal, de la pena y de la reincidencia –fuera de las otras disposiciones relativa a otros tópicos (interrupción, suspensión, etc.) –, o dicho de modo general, si en un sistema normativo especial existe la regulación de sólo dos institutos del estatuto general, es claro que en todo lo otro en lo que no existe disposición especialísima en el sistema especial, necesariamente habría de ser regulado por las disposiciones del sistema general⁶.

- EL ELEMENTO HISTÓRICO EN EL TRAMADO DE LA LEY N° 20.084

En el artículo original del Proyecto de LRPA (art.10), fuente del actual artículo 5, se contemplaba la extinción de la responsabilidad penal adolescente, que prácticamente no contenía diferencias con el sistema general del CP, excepto por los plazos en la prescripción⁷. En esta referencia a la prescripción que se hacía en el inciso 3º del primitivo artículo 10, expresamente se señalaba que para el cómputo debía estarse a las reglas del CP, mención que desaparece luego cuando la referencia a la prescripción es separada como artículo independiente, y reformulado su texto⁸.

Este mismo artículo 10 inciso 3º, sólo señalaba a la acción penal y no la prescripción de la pena⁹, por lo cual el diputado Bustos solicitó la inclusión de

5 Cury, op. cit., p. 120.

6 Y en SCA San Miguel, 18/01/2010, Rol N° 21-10, considerando sexto se sugiere tal idea: “Tal normativa, si bien se preocupó de establecer un sistema de sanciones diferenciado, siempre fue concebido e incorporado como un sistema unido como marco referencial al régimen penal general, y desde tal base determinar el castigo final a aplicar al menor infractor”. En sentido similar SCA San Miguel, 25/10/2010, Rol 1321-10, considerando sexto.

7 Biblioteca del Congreso, *Historia de la Ley 20.084*, p. 9.

8 En una primera modificación sustancial se acogió la propuesta del Boletín de indicaciones N° 44 y 45, en el Informe de Comisión Constitución, y ya el texto aparece redactado como está en la Ley N° 20.084, habiendo suprimido la referencia al cómputo. *Ibíd.*, p. 525, p. 655, p. 820.

9 “La acción para perseguir dicha responsabilidad y las sanciones impuestas en conformidad a ella se extinguen por la prescripción, la que será de un año en ambos casos, con excepción de las conductas a que se refiere el artículo sexto (actual séptimo), respecto de

esta, porque estimó que ella no podía entenderse con la remisión general del antiguo inciso 1° del artículo 10 a las normas generales del CP¹⁰, cuestión que así sucedió, agregándose la mención a la prescripción de la pena de forma expresa¹¹.

Si ni con una remisión general a las normas de prescripción del CP se entendía la prescripción de la pena como incluida en la mención del texto “la acción para perseguir dicha responsabilidad y las sanciones impuestas en conformidad a ella se extinguen por la prescripción”¹², mucho menos la prescripción de la reincidencia.

• EL PLAZO COMO EL ÚNICO OBJETO DE REGULACIÓN NORMATIVA DEL ART. 5 DE LA LRPA

Enlazado con lo expuesto anteriormente, el art. 5 de la LRPA, sólo tiene como objeto de regulación normativa, al plazo como elemento diferenciador del sistema general. No existe en su tenor, otra cuestión a regular. Por otro lado, es la única disposición normativa que rola en un estatuto propio de la LRPA sobre prescripción. Sistemáticamente, no existe ninguna otra disposición normativa que se refiera a la prescripción. De ahí entonces que de toda otra cuestión que se encuentre relacionada con dicho instituto y sin regulación especial alguna, debiera acudir al sistema general del CP.

Bustos, por ejemplo, lo señala claramente: “En cuanto a las demás reglas sobre la prescripción, momento en que empieza a correr, interrupción, suspensión, etc., *hay que estarse a lo que contempla el C.P. de adultos*”¹³ [el resaltado es nuestro].

Resumen y conclusión

- Desde el seno de la jurisprudencia penal adolescente han surgido de modo visible, dos problemas relacionados con la prescripción, como lo son: en primer lugar, la consideración de la pena en abstracto o en concreto para el cómputo de la prescripción, esto es, si sólo se considera el art. 5 de la LRPA para el cómputo de la prescripción, o consideramos la rebaja establecida en el art. 21 de la LRPA; en segundo lugar, si opera la prescripción de la reincidencia, según la forma y plazos del art. 104 del CP.

las cuales el término de la prescripción será de tres años. Para el cómputo respectivo, se estará a lo dispuesto en los artículos 95 y 98 del Código Penal”.

10 “La responsabilidad derivada de la infracción a la ley penal por parte de un adolescente, se extingue de la misma forma y por las mismas causas que aquella que deriva de la comisión de un delito por parte de una persona mayor de dieciocho años”.

11 Biblioteca del Congreso, *Historia de la Ley 20.084*, p. 84.

12 Ídem.

13 Bustos, *Derecho penal del niño-adolescente*, Ediciones Jurídicas de Chile, 2007, pp. 33-34.

- La tendencia de la jurisprudencia se ha agrupado mayoritariamente, tratándose del primer problema, en rechazar la aplicación del art. 21 de la LRPA, y por ende, considerar la pena en abstracto para el cómputo de la prescripción; y tratándose del segundo problema, en conceder la prescripción de la reincidencia de acuerdo a la forma y plazos del art. 104 del CP.
- Se considera que la jurisprudencia mayoritaria para ambos problemas, es acertada. Para el caso del primer problema, la opción del intérprete está en un solo punto, cuál es, la exclusión del art. 21 de la LRPA. Su no exclusión supone computar la prescripción desde la pena en concreto. Pero tanto desde la lógica del sistema, como del objeto del art. 21 de la LRPA, y del fundamento de la prescripción en las necesidades de la pena, el cómputo opera excluyendo el art. 21 de la LRPA, y por consecuencia, considerando la pena en abstracto.
- En el caso del segundo problema, esto es, la prescripción de la reincidencia en adolescentes o la consideración del art. 104 del CP en la LRPA, los elementos gramatical, sistemático e histórico, conducen a concluir que el art. 104 del CP tendría plena aplicación en el ámbito de la LRPA, y por ende, la prescripción de la reincidencia con los plazos señalados en dicho artículo.
- Ahora bien y de *lege ferenda*, y por ende, en contraposición a los razonamientos dogmáticos y a los argumentos fundados en la facticidad, si quisieran reducirse los plazos de prescripción o, incluso, no ser considerados en la responsabilidad penal adolescente, la vía interpretativa no es la más adecuada, por la inexistencia de una disposición especial diferente al estatuto general descrito en el CP para la misma. La única solución para ello, y en consecuencia dar aplicación a los instrumentos internacionales sobre esta materia, como la regla 21.2 en las *Reglas de Beijing* o en la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño, párrafo 67, es derechamente procurar la introducción de un artículo en la LRPA que contenga este señalamiento.

ACERCA DEL CASO DE UN DELITO DE ROBO CON INTIMIDACIÓN COMETIDO POR AGENTES POLICIALES EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Juan Castro Bekios¹

I. Antecedentes

Entre los días uno de marzo y once de abril del 2012, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, conoció de la acusación del Ministerio Público de la región de Tarapacá, deducida en contra de **N.V.R.**, **L.D.P.** y **A.T.R.**, todos, a la época de ocurrencia de los hechos materia de la acusación, funcionarios en servicio activo de la Policía de Investigaciones de Chile. La mentada acusación les atribuyó responsabilidad como autores en conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, de un delito consumado de robo con violencia e intimidación, previsto y sancionado en el artículo 436, inciso 1°, del Código Penal. A su turno, fueron partes querellantes en el juicio el Consejo de Defensa del Estado, El Centro de Atención Integral a Víctimas de Delitos Violentos de Iquique en representación de las víctimas y finalmente, también fue parte querellante el abogado del honorable diputado don Hugo Gutiérrez Gálvez.

Los hechos que conoció el Tribunal Oral en las diversas audiencias y por lo cuales dedujo, en su oportunidad, el Ministerio Público la correspondiente acusación fueron los siguientes: *“El día 08 de abril de 2011, pasadas las 18:00 horas aproximadamente, en circunstancias que las víctimas R.C.C. (Boliviano) y J.T.C. (Peruano) se encontraban en el paradero de buses ubicado en la Ruta A-55, km. 160 aproximadamente de la comuna de Colchane, fueron abordados por los acusados A.T.R., L.D.P y N.V.R., todos funcionarios activos de la Policía de Investigaciones de Chile, quienes llegaron al lugar señalado a bordo del vehículo institucional, camioneta placa patente CWTW-35.*

Una vez en dicho lugar, procedieron a registrar a las víctimas y sus pertenencias, posteriormente son conducidas y subidas por los acusados al vehículo referido, para luego bajo la violencia y amenaza implícita de la injustificada privación de libertad a la que estaban sometidas las víctimas por parte de funcionarios policiales armados, sin motivo fundado alguno y prevaleciendo de su carácter público, el cual explicitaron los acusados procedieron a sustraer de sus pertenencias a la víctima R.C.C. la suma de US\$10.400 y \$7.000, en tanto que a J.T.C. le sustrajeron la suma de US\$3.300, es decir la suma de \$6.446.000 (en dinero efectivo a la fecha de comisión del hecho). Posteriormente y aún dentro del vehículo policial, el que era conducido por el acusado N.V.R., siendo copiloto T.R y en el asiento trasero custodiando a las

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

víctimas el acusado D.P., con el objeto de asegurar la impunidad, mantuvieron la arbitraria privación de libertad de las víctimas, desviándose del camino que lleva a Iquique y tomando el camino que va rumbo al Sector de Cariquima, conduciéndolos a un sector absolutamente despoblado, lugar donde detienen el vehículo conducido por el acusado V.R., momento en que D.P. le ordena a la víctima C.C. que descienda del vehículo dejándolo abandonado en medio del desierto sin posibilidad de auxilio alguno.

Posteriormente los acusados continuaron la marcha, manteniendo privado de libertad a la víctima T.C., con la consiguiente amenaza y violencia que ello implica, para luego la víctima temiendo por su vida forcejear con D.P. en la parte trasera de la camioneta, logrando descender del vehículo, momento en que D.P. lanza fuera del vehículo, la billetera y el celular de la víctima, luego de que ya había sido sustraído el dinero que éste mantenía y ya referido. De este modo, también con el objeto de asegurar la impunidad del hecho, abandonan al igual que en el caso anterior a la víctima, para luego los acusados hacer abandono del lugar en el vehículo ya referido.

Por su parte, el querellante 2, don Hugo Gutiérrez Gálvez, fundó la acusación particular en los hechos que se indican a continuación: “Que, el día 08 de abril de 2011, siendo cerca de las 18:00 horas, en circunstancias en que las víctimas, don R.C.C., ciudadano Boliviano, y don J.T.C., ciudadano Peruano, se encontraban en el paradero de buses ubicado en la Ruta A-55, kilómetro N°160 aproximadamente, de la comuna de Colchane, Provincia del Tamarugal de la Región de Tarapacá, fueron abordados por los imputados A.T.R., L.D.P y N.V.R, todos funcionarios públicos en servicio activo de la Policía de Investigaciones de Chile PDI, quienes llegaron al lugar individualizado a bordo del vehículo institucional PDI (de propiedad fiscal), del tipo camioneta, placa patente CWTW-35.

Una vez en dicho localidad –Colchane–, los imputados individualizados procedieron a registrar a las víctimas y sus pertenencias personales, para posteriormente ser conducidas y subidas contra su voluntad al vehículo referido, mediante apremios ilegítimos y vejaciones injustas cometidas en su contra, mediante actos de violencia, intimidación y amenazas fueron detenidas ilegalmente y, por consiguiente, privadas de libertad sin motivo fundado alguno por parte de los imputados, que siempre explicitaron ser funcionarios policiales –de la policía civil de Chile– y que se encontraban armados, prevaleciéndose de su carácter público, para finalmente, proceder a sustraer de sus pertenencias a la víctima R.C.C., la suma de diez mil cuatrocientos dólares americanos y siete mil dólares americanos (US\$ 10.400.- y 7.000.-), en tanto que a J.T.C., los imputados le sustrajeron la suma de tres mil trescientos dólares americanos (US\$ 3.300.-), es decir, la suma total en dinero efectivo a la fecha de comisión del hecho punible, de seis millones cuatrocientos cuarenta y seis mil pesos chilenos (\$6.446.000).

Posteriormente y aún dentro del vehículo policial (propiedad fiscal de la PDI), el que era conducido por el imputado N.V.R., siendo copiloto el imputado A.T.R. y en el asiento trasero custodiando a las víctimas el imputado L.D.P., con el objeto de ase-

gurar la impunidad de los delitos cometidos, desviándose del camino que lleva a la ciudad de Iquique y tomando el camino que va rumbo a la localidad rural de “Cariquima”, conduciéndolos a un sector absolutamente despoblado, lugar donde detienen el vehículo policial conducido por el imputado N.V.R., momento en que imputado L.D.P. le ordena a la víctima R.C.C. que descienda del vehículo, dejándolo abandonado en medio del desierto y por las características del sector, sin posibilidad de auxilio alguno.

Acto seguido, los imputados continuaron la marcha, manteniendo ilegalmente privado de libertad y contra su voluntad a la víctima J.T.C., con la consiguiente amenaza y violencia que ello implica, para luego la víctima temiendo por su vida se decide a forcejear con el imputado L.D.P. en la parte trasera de la camioneta fiscal, logrando descender del vehículo, momento en que el imputado L.D.P. lanza fuera del vehículo, la billetera y el celular de la víctima, luego de que ya había sustraído el dinero que este mantenía. De este modo, también con el objeto de asegurar la impunidad de los hechos punibles, abandonan en despoblado, al igual que el caso anterior, a la víctima, para luego los imputados hacer abandono del lugar en el vehículo PDI ya referido”².

Por lo pronto, conviene advertir que en el caso del querellante honorable diputado, Hugo Gutiérrez Gálvez, lo hechos antes descritos además de configurar el delito de robo con violencia e intimidación, configurarían los delitos consumados de detención ilegal, previsto y sancionado en el artículo 148 del Código penal y de vejación injusta contra particulares, previsto y sancionado en los artículos 255 y 256, todos del mismo cuerpo legal.

A su turno, es menester anticipar que el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, de conformidad a su considerando vigésimo y en la parte resolutive del fallo, resolvió condenar a A.T.R., L.D.P. y N.V.R. como autores del delito consumado de robo con intimidación, cometido en la comuna de Colchane, el 8 de abril de 2011, a sufrir, cada uno, la pena de cinco años y un día 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, con costas. Sin embargo, es necesario mencionar que, al tenor del mismo considerando ya aludido, se previene que el juez Felipe Ortiz de Zárate estuvo por condenar al acusado N.V.R. sólo en calidad de cómplice del delito de robo con intimidación³.

Por otra parte, se debe advertir que respecto de la acusación formulada por uno de los querellantes ya mencionados, por los delitos de detención ilegal, del artículo 148 del Código Penal y de vejación injusta contra particulares, de los artículos 255 y 256, del mismo código, el tribunal decidió dictar sentencia

2 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 2°.

3 Cfr. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 20°.

absolutoria respecto de los acusados A.T.R., L.D.P. y N.V.R., de la imputación como autores de los delitos antes descritos⁴.

II. Acerca de la teoría del caso de la defensa, de los hechos que el tribunal tuvo por acreditados y de los principales medios de prueba que el tribunal consideró para ello

Tal como se puede apreciar en el considerando tercero del fallo, frente a la acusación deducida por el Ministerio Público la defensa planteó en la audiencia de juicio oral en su alegato de apertura su teoría del caso, con ella acometió la tarea de obtener una sentencia absolutoria en el caso que nos ocupa. En efecto, en dicho alegato el defensor particular de los acusados señaló en lo pertinente que: *“...no conocen los detalles de la historia de la imputación, afirmando que sus representados no han participado en los hechos materia de la misma. Sin perjuicio observan que existen en los hechos narrados problemas de tipicidad que no pueden resistir una sentencia condenatoria, primero, en la correlación de tipo y tipicidad, puesto que existe un abuso de los medios comisivos, violencia e intimidación; existen expresiones como violencia o amenaza implícita y la palabra sustracción que son cuestiones que en el plano de la tipicidad no resistirán una sentencia condenatoria”*⁵. Añadió además en su alegato, ofreciendo al tribunal explicar cómo, a su juicio, habrían ocurrido los hechos. Para ello plantea dos teorías alternativas las que se encuentran sintetizadas en el referido considerando al expresar que: *“...su defensa será activa, pretendiendo proponer al tribunal lo que pasó y las hipótesis son dos, una, que el delito no existió y que es una maquinación internacional para alejar a sus representados de la investigación que llevaban adelante, puesto que en el mismo paradero y a la misma hora se encontraron 38 kilos de droga, sin autor y la segunda tesis, que no se contraponen con la anterior, es que el delito existió y en este sentido hay dos cuestiones importantes, la primera es que hay grandes errores formales en el reconocimiento hecho por Carabineros de Chile, así, existía un grupo de personas que se dedicaba a robar en el altiplano, haciéndose pasar por policías, cuyas características son similares a las de sus defendidos, por lo que, en definitiva, al final del juicio sus representados deberán ser absueltos de los cargos que se formularon en su contra”*⁶.

Pues bien, luego de ser rendida toda la prueba durante el juicio oral, tanto la del Ministerio Público, querellantes y la presentada por la defensa de los acusados, el tribunal en el considerando noveno se ocupa de asentar cuáles fueron aquellos hechos no discutidos en el juicio, para luego en el considerando

4 Cfr. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 20°.

5 Cfr. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 3°.

6 Cfr. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 3°.

décimo, habiendo valorado y apreciado la prueba rendida, establecer como hechos acreditados en el juicio los siguientes: *“El día 8 de abril de 2011, cerca de las 19:00 horas, en circunstancias que los ciudadanos extranjeros R.C.C. (boliviano) y J.T.C. (peruano) se encontraban en el paradero de buses ubicado en la Ruta A-55, km. 160, aproximadamente, de la comuna de Colchane, fueron abordados por los acusados A.T.R., L.D.P. y N.V.R., todos funcionarios activos de la Policía de Investigaciones de Chile, quienes llegaron al lugar a bordo del vehículo institucional correspondiente a la camioneta marca Mitsubishi, modelo Dakar L200, color grafito, placa patente CWTW-35, procediendo a indicarles tal calidad, sin exhibir placa alguna, solicitando los documentos de identificación de todos quienes se encontraban en la parada, registrando las mochilas de C. y T., consultándoles por el dinero que portaban, siendo separados del resto de los fiscalizados, a quienes ordenaron retirarse del lugar, para luego solicitarles a aquéllos la exhibición del dinero, quienes obedecieron en atención a la autoridad que detentaban, procediendo a quitarles US\$10.400, que llevaba el primero y US\$ 3.300, el segundo, esto es, el total la suma total de \$6.446.000, en dinero efectivo a la fecha de comisión del hecho, y a guardarlas entre sus vestimentas, disponiendo que abordaran el vehículo referido, el que era conducido por el acusado N.V.R., siendo el copiloto A.T.R. en tanto que L.D.P. custodiaba a las víctimas en el asiento trasero, iniciando la marcha del móvil en dirección al poniente por la ruta A55 que une a esa localidad con Iquique, para después de avanzar unos kilómetros, desviarse del camino principal, tomando una ruta aleadaña en dirección a Cariquima, manteniendo la privación de libertad de los afectados y la amenaza implícita de sufrir un daño a su vida o integridad física, al observar que eran conducidos a un sector absolutamente despoblado y sin luminosidad, donde detuvieron el vehículo, momento en que D.P. (L.D.P) le ordenó a C.C. (J.T.C) descendiera del mismo, devolviéndole el celular, la billetera y la mochila que había dejado en el pick up de la camioneta, dejándolo abandonado en medio del desierto sin posibilidad de auxilio alguno, continuando la marcha con T.C. (J.T.C) al interior del móvil, con el consiguiente temor que estos sucesos implicaban y por tal circunstancia, T.(J.T.C) temiendo por su vida abrió la puerta posterior izquierda del móvil, bajándose del vehículo en marcha, el que luego se detuvo e igualmente le devolvieron la billetera, el celular y la mochila, que la propia víctima retiró desde la camada de la camioneta, siendo abandonado en ese sector fronterizo, oscuro, y deshabitado, con el objeto de asegurar la impunidad del hecho”⁷.*

Ahora bien, para dar por establecidos los hechos antes descritos y calificar jurídicamente los mismos como constitutivos del delito de robo con intimidación que sanciona nuestro código punitivo, el tribunal debió analizar la prueba rendida y con ella llenar de contenido cada uno de los presupuestos fácticos que comprenden los hechos asentados en juicio, y además fundamentar las razones que tuvo para desechar las hipótesis de defensa que se plantearon en el juicio, junto con los medios de prueba que la sustentaban, toda vez que como ya señalamos la defensa ofreció al tribunal dos versiones alternativas

7 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 10°.

que permitían, a su juicio, arribar a un veredicto absolutorio. En este sentido, si bien no es el objeto principal que nos ocupa en esta oportunidad, se hace necesario mencionar que la teoría del caso sustentada por la defensa, la que en este caso ofreció dos relatos alternativos, tiene en parte relevante, su soporte en el relato de los acusados y la prueba rendida para acreditar éste. Por ello estimamos forzoso para una mejor comprensión del asunto referirnos al relato o versión que de los hechos dieron los acusados. Si bien en el juicio los tres acusados hicieron uso de su derecho a prestar declaración como medio de defensa, nos remitiremos a la versión que entregó en el tribunal el acusado A.T.R., la que en lo fundamental, es conteste en las circunstancias generales con las versiones entregadas por los otros dos acusados y ofrece una síntesis de lo que, a juicio de los acusados, habría ocurrido el día de los hechos.

En efecto, según se puede leer en el considerando cuarto de la sentencia, en la parte pertinente, el acusado A.T.R. refiere lo que habría ocurrido, desde su perspectiva, el día de los hechos, así dicho acusado señaló ante el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique que: “...L.D. (L.D.P) le dio cuenta que llevaba una investigación con intervenciones telefónicas en que una persona que habitaban en Alto Hospicio se dedicaban al tráfico de drogas, de lo que a su vez dio cuenta a su jefe de unidad. Esta operación en que el oficial investigador era D. (L.D.P.) se llamaba “Y” y el blanco investigado era un sujeto chileno de nombre “I”, quien tenía contacto con un individuo boliviano apodado “B” el que posteriormente fue identificado como R.V.B. Así, D.(L.D.P.) escuchó una conversación telefónica entre “I” y “B” acordando reunirse en una schopería, haciendo el seguimiento correspondiente donde entraron al bar como civiles, siendo el objetivo obtener la identidad de “B”, por lo que controlaron el lugar, hablando con el dueño del local sin inconvenientes y obtuvieron la identidad del sujeto y posteriormente con otras técnicas investigativas obtuvieron también su teléfono, de lo que se dio cuenta al fiscal a cargo, señor Castro, solicitando la intervención telefónica de esa persona. Agregó que el 7 de abril captaron una llamada de “el B” indicando que estaba en la Zofri, concurriendo D. (L.D.P) a ese lugar logrando su ubicación, existiendo un seguimiento logrando determinar su lugar de alojamiento en Sotomayor N° X, sector donde apostaron puntos fijos. El 8 de abril, llegaron temprano, cerca de las 8:30 horas, observando que “B” salió de su hospedaje, dirigiéndose al “Agro” donde se reunió con “I” concurriendo a una schopería de las cercanías, luego se retiró “el B” en tanto que “I” permaneció dentro del local, quedándose el inspector C. y Q. en un vehículo custodiándolo y aquél se dirigió a su lugar de alojamiento y luego se le vio salir con un bolso de computador y un chaleco, dirigiéndose al terminal de buses, abordando uno en dirección a Oruro, al que persiguieron, dando cuenta de ello a su jefe, señor C., por cuanto se estaban dirigiendo a Colchane, paralelamente dio la orden a L. (L.D.P.) para que fuera a la unidad y cambiara los vehículos. Agregó que el bus se detuvo en Huara cerca de las 13:30 horas, lugar donde habló con Carabineros para dejar el vehículo Chevrolet Spark en custodia en esa unidad, procediendo a cambiar de camioneta a aquella traída por D. (L.D.P) junto a la detective N.V., que era una Mitsubishi color gris grafito y posteriormente, llegó L. en otro vehículo. Estando allí dio la orden que lo

acompañarían en la camioneta Dakar L.D. (L.D.P) y N.V. (N.V.R), retomando el seguimiento del bus dándole alcance a éste y pasados 7 minutos llegó la camioneta en que iba L., V. y V.(N.V), arribando a Colchane en ambos vehículos. En esa comuna se detuvo el bus, bajándose “el B”, lo que fue grabado, para luego subir a un furgón cruzando por el lado del control por el llamado “hito”, continuando la persecución y estando en ese sector “el B” bajó con el mismo bolso y dos plásticos o plumavit que llevaba en sus manos, abordando un furgón verde, lo que igualmente fue grabado, cruzando a Bolivia irregularmente, en tanto, ellos permanecieron en el lugar, perca-tándose los ocupantes de ambas patrullas que una camioneta de similares caracterís-ticas y color a aquella en que viajaban atravesó ilegalmente a Bolivia, en tanto que ellos se alejaron del hito juntándose con la camioneta blanca que transportaba a sus colegas cerca de las 17:35 horas, oportunidad en que un Carabinero les consultó si eran de la PDI con quien mantuvieron una conversación, señalándole que andaban trabajando, indicándole aquél que tenía un vehículo de un procedimiento y que le habían encargado que sacara los papeles para enviarla a los corrales, y al retirase éste, emprendieron la marcha en dirección a Colchane, donde estacionaron frente a un hotel en construcción al lado del Hotel Isluga y cerca de las 18:30 horas, decidió que los carros se separaran, disponiendo que uno se dirigiera a Pisiga y el otro a Cariquima, correspondiéndole al vehículo en que él transitaba ir a esta última loca-lidad, indicándole que se juntarían en el paso a Cariquima en aproximadamente una hora.

Añadió que llegaron a Cariquima haciendo un recorrido y luego se aproximaron al salar de Coipasa llegando a este sector alrededor de las 19:00 horas, siendo éste un lugar de tránsito de los burreros, pero no había persona ni vehículo alguno por lo que regresaron, observando a un jeep negro que se le acercaba de frente, perca-tándose que en su interior viajaba “el B” quien llevaba un jockey. Al acercarse él puso la baliza, decidiendo hacerle un control, correspondiéndole a V. (N.V.R) y a D. (L.D.P) realizar la revisión del vehículo en tanto que él se quedó con el sujeto, pidiéndole la identificación, llevando el fiscalizado una libreta negra con tarjetas y números telefónicos además de un celular, explicando que iba a buscar unos fami-liares, el que continuó su camino viéndolo atravesar el salar. Luego, volvieron a la carretera al lugar de encuentro pero no encontraron a la otra patrulla, por lo que se dirigieron a Colchane hasta el complejo ubicado en esa localidad, pero no hallaron a la camioneta, estacionándose cerca del paradero donde descendieron del vehículo a fumar un cigarro, esperando cerca de 10 minutos a 15 minutos llamando por radio sin obtener respuesta, por lo abordaron nuevamente el vehículo y se dirigieron a la otra entrada a Cariquima, eso fue cerca de las 20:30 horas, donde se reunieron con el carro, aclarando que en ese momento él tomó el volante, por cuanto V. (N.V.R) manifestó su cansancio y retornaron a Huara, arribando cerca de las 23:00 horas, ingresando V. y N.V. a la tenencia, a pedir las llaves del automóvil y el baño, respec-tivamente, redistribuyendo los carros, así, él iría con D. (L.D.P) en la camioneta Mitsubishi, L. y V. (N.V) en la camioneta blanca y V. con V. (N.V.R.) en el otro móvil, saliendo de la tenencia V. indicándole que el Carabinero Beroíza preguntaba por la persona a cargo, comentándole que el vehículo de ellos estaba denunciado por

secuestro y por robo aclarándole que había recibido una llamada telefónica de una mujer que habían secuestrado a un cliente llamado Jorge y que le habían sustraído US\$15.000, por lo que llamó a D. (L.D.P) y V. (N.V.R) para que escucharan al funcionario de Carabineros, quien le indicó que habían enviado un carro en busca del denunciante y que esta clase de denuncias son normales, por lo que no debían preocuparse, pero que debía dejar constancia de la situación, entregándole entonces sus datos y requiriéndole su número de teléfono para comunicarse luego con él, porque debía dar cuenta a sus superiores. Posteriormente, bajaron hasta Iquique en caravana llegando a la unidad cerca de las 00:10 horas.

Añadió que decidieron bajar, porque el “B” ya se había percatado que la policía estaba controlando, llamado a su jefe para darle la explicación y de cada una de las diligencias realizadas y además de lo señalado por el Carabinero en Huara, entregándole una cuenta escrita que le dejó en el escritorio, retirándose de la unidad cerca de la 1:30 horas, pero antes dio la instrucción que cada tripulación se encargaba de la limpieza de las camionetas y determinaron quienes harían turno el día siguiente, ofreciéndose N. V. (N.V.R), indicándole, además, L.D. (L.D.P) que iría para seguir con las interceptaciones. Señaló que al llegar a su domicilio, llamó a Beroíza, quien le indicó que aún no ubicaban al denunciante, y nuevamente lo hizo cerca de las 2:30 horas y un tercer llamado sin respuesta no insistiendo otra vez y al día siguiente lo llamaron telefónicamente, permaneciendo en la unidad todo el día y cerca de las 4:00 horas de la madrugada, ya en su domicilio, arribó Carabineros quienes hicieron un registro deteniéndolo, accediendo a que registraran su vehículo aunque no tenían orden”⁸.

Como podrá observarse desde ya, al realizar un parangón entre los hechos que tuvo por acreditados el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique y la versión que entrega el acusado A.T.R., que en lo fundamental, es similar a la que proporcionaron ante el tribunal los otros dos acusados⁹, puede advertirse de inmediato, que según el relato antes transcrito y que fundamenta parte de las tesis sustentada por la defensa, los acusados no habrían estado presentes en el lugar de ocurrencia de los hechos ni tomado contacto alguno con las víctimas del delito el día y hora en que los hechos acaecieron, a diferencia de lo que tuvo acreditado en definitiva el tribunal en su fallo.

De estas versiones de los hechos, absolutamente irreconciliables entre sí, tuvo que hacerse cargo el Tribunal al momento de ponderar la prueba rendida en el juicio, considerando a su vez, la declaración de las víctimas en el juicio y las demás pruebas aportadas por el Ministerio Público para acreditar la versión de éstas últimas.

⁸ Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 4°.

⁹ Cfr. declaraciones de N.V.R y L.D.P. en, Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 4°.

En este orden de ideas, fue de capital importancia el relato que aportaron las víctimas durante las audiencias de juicio, relación de hechos que fue fundamental para que el tribunal tuviera por configurados los elementos del tipo del delito de robo con intimidación, así como la participación culpable de los acusados. Esta idea se ve reflejada en el fallo que ahora nos ocupa, cuando el considerando undécimo del mismo se avoca a la tarea de realizar el análisis de los elementos del delito que se requieren para que se configure la figura típica de robo con intimidación. Así, en dicho considerando se pasa revista a los distintos elementos del tipo penal como la apropiación, objeto material del delito, ajenidad de la cosa, el actuar contra la voluntad del dueño o poseedor, ánimo de lucro y finalmente, el elemento en el cual nos detendremos más adelante, a saber, que se haya obrado con intimidación en las personas.

Al respecto adelantaremos por ahora que el fallo, en el ya aludido considerando undécimo, precisa respecto de la intimidación en las personas: “...entendiendo por tal, según lo ha precisado don Alfredo Etcheverry en su libro *Derecho penal, parte especial, tomo III, página 335, el crear en la víctima el temor de un daño físico inmediato, para sí o para otra persona presente, sea que la amenaza se haga explícitamente, sea que se desprenda inequívocamente de las circunstancias*”. En consecuencia, el concepto de amenaza es amplio contemplando distintas formas de empleo de la misma cuyo objeto será lograr que se entreguen o manifiesten las cosas o impedir la resistencia u oposición a que se quiten, de manera que comprende todos los medios que pongan en práctica los hechos con el fin de obtener la pasividad de la víctima tendiente a obtener el desplazamiento patrimonial¹⁰.

Enseguida, la sentencia continuando con el análisis de la intimidación como medio de ejecución vinculado en esta especie de delito de robo, se refiere a los requisitos que deben estar presentes en la amenaza, mencionando que éstos son: que la amenaza sea seria, grave, verosímil y actual.

III. Sobre el esclarecimiento de uno de los principales hechos controvertidos durante el juicio

Como ya hemos podido advertir al confrontar las teorías del caso de la Fiscalía y los querellantes por una parte y de otro lado la de la defensa, son dos los puntos de mayor controversia que se observan en este caso. En primer lugar, la versión irreconciliable de las víctimas con las de los acusados, en cuanto a que éstos últimos no habrían tenido contacto alguno con las víctimas y en consecuencia no habrían estado presente en el lugar de los hechos a la hora en que ellos ocurrieron. En segundo lugar, como se desprende de los alegatos de apertura de la defensa, también fue materia de debate la concurrencia del elemento del tipo “intimidación” como medio comisivo en relación a la apropiación del dinero de las víctimas. Adelantamos desde ya que de la segunda de

10 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 11°.

las controversias, que tiene relación directa con la calificación jurídica de los hechos nos ocuparemos en un breve acápite aparte.

Tratándose del primer punto, la sentencia en el considerando undécimo se ocupa de esclarecer la hora de ocurrencia de los hechos, fundando su conclusión primordialmente en prueba testimonial rendida durante el transcurso del juicio, así el referido considerando señala que: *“... para asentar que el hecho ocurrió en la tarde del 8 de abril de 2011, en la localidad de Colchane, cerca de las 19:00 horas, se ha contado con los dichos de las víctimas R.C.C y J.T.C., que refirieron haber arribado a Pisiga Bolívar a las 16:30, hora boliviana, o sea, a las 17:30 horas, en Chile, lugar donde comieron y luego cruzaron caminando por el sector conocido como “el hito” ubicado a unos 300 metros de control fronterizo, donde abordaron un furgón que los trasladó hasta el paradero de Colchane, sumado a lo depuesto por los testigos Fabián Retamal y Juan Toro Espinoza, al referir aquél que entre las 18:00 y 19:00 horas salió de la subcomisaría en dirección al paradero de esa comuna, realizando un control de identidad a dos sujetos morenos que arribaban a ese sector en un furgón, a quienes exigió su documentación y revisó sus mochilas, los que les exhibieron su cédula de identidad y tarjetas de turismo, para posteriormente retirarse, dejándolos en el lugar, en tanto que el segundo manifestó haber escuchado del chofer y auxiliar del bus Fer, Rubén Mamani Aguilar y Anselmo Mamani Mamani, respectivamente, que el bus salió del control fronterizo a las 19:30 horas, aproximadamente, habiendo observado en el paradero de Colchane a los pasajeros del bus que previamente descendieron en Pisiga aludiendo a que lo abordarían después en la parada de esa localidad, comprobando, a través de las diligencias efectuadas en el sistema computacional de Policía Internacional, que el control al bus referido concluyó a las 19:38 horas, unido a los asertos de Catherine Avellaira Gajardo, quien igualmente expuso que el bus que pretendían abordar las víctimas, finalizó su control a las 19:38 horas del día 8 de abril de 2011, habiéndose corroborado a través del registro de pasajeros del referido bus que viajaba C.C. (R.C.C.), en el asiento N°18, no figurando en éste T. C. (J.T.C.) en atención a que, como lo dijo en estrados, no exhibió su documentación al auxiliar, a lo que se suma la resolución N°114 del Departamento de Extranjería y Policía Internacional, de fecha 8 de agosto de 2011, remitido a la Fiscalía en comisión, relativos a los movimientos migratorios de los ciudadanos extranjeros J.T.C. y R.C.C., en la que consta que el primero registra como el último ingreso a Chile el realizado con fecha 29 de octubre de 2010, mientras que el segundo, el 1 de marzo de 2011, ambos por la Avanzada Colchane, proveniente de Bolivia, situación esta última que concuerda con la declaración jurada de ingreso o salida de divisas y comprobante de salida de Bolivia ambos de fecha 1 de marzo de 2011, respecto de C.C. (R.C.C.), elementos de los cuales se desprende que se trataba de ciudadanos extranjeros que se trasladaban en el Bus Fer y que el ingreso al país realizado el 8 de abril de 2011, se hizo por un paso no habilitado y que se encontraban en el paradero ubicado en Colchane alrededor de las 19:00 horas, desestimando en este aspecto la alegación de la defensa relativa a que las 18:00 horas correspondía al horario irrefutable fijado por las víctimas para su llegada al paradero, puesto que éstas al declarar refirieron con certeza*

que se hallaban en Pisiga Bolívar alrededor de las 16:30 horas, o sea, a las 17:30 horas en Chile, cruzando por “abajo”, aludiendo al sector conocido como “el hito”, abordando un furgón que los trasladó al paradero de Colchane donde esperaron al bus Fer que los llevaría hasta su destino final, Iquique, sin fijar un horario determinado para cada actividad que realizaron, lo que solo hicieron bajo la hábil guía del defensor en su conainterrogatorio, sin embargo, el Tribunal estima que el delito tuvo lugar alrededor de las 19:00 horas relacionando los dichos de los afectados con los de quienes mantuvieron algún contacto con ellos en el paradero y con la salida del bus Fer desde el complejo fronterizo, por lo que considerando el desfase horario que existe entre Chile y Bolivia, el escaso tiempo que llevaban en nuestro país, parece del todo lógico que se requiera de un período de adaptación más largo para exigirles determinar horarios chilenos y que normalmente las personas no suelen ver la hora a cada momento y menos mientras son sujetos pasivos de un hecho ilícito, lo que impide pedirles mayor precisión”¹¹.

Para dejar despejada la cuestión relativa a que víctimas y acusados habrían tenido o no contacto alguno entre sí, es crucial examinar cuáles fueron los razonamientos que construyó el Tribunal Oral de Iquique para dar por acreditada la participación de los acusados en los hechos materia del juicio. Para ello debemos acudir al considerando duodécimo de la sentencia, pues en éste el fallo se ocupa con detalle de dicha faena. De este motivo extraeremos algunos pasajes que nos parecen decisivos para arribar a la conclusión afirmativa sobre la participación de los encartados. Así, podemos observar que fueron fundamentales los testimonios que en estrados proporcionaron las víctimas R.C.C y J.T.C. En efecto, en lo tocante a sus relatos en la sentencia puede leerse: “La participación de los acusados **A.T.R.**, **N.V.R** y **L.D.P** en el delito asentado en la motivación octava, resultó justificada con el mérito del reconocimiento que de los mismos efectuaron de manera precisa y categórica en estrados las víctimas **R.C.C.** y **J.T.C.**, al sindicarlos claramente como los mismos individuos que en la tarde del 8 de abril de 2011, en el paradero de la localidad de Colchane los abordaron aludiendo ser policías de Investigaciones de Chile y que luego de apropiarse del dinero que ambos portaban los subieron a la camioneta negra en que se trasladaban y los dejaron abandonados en las cercanías de Cariquima. En efecto, los afectados señalaron en la audiencia que estos tres sujetos descendieron de una camioneta negra en que viajaban, manifestando el de más baja estatura, “el chatito”, que eran policías y requirió la documentación de quienes estaban en el paradero, siendo separados del resto de las personas y dejados al lado de la camioneta al constatar que habían ingresado por un paso no habilitado y que portaban dinero para la compra de vehículos en Zona Franca, momento en que sospechando se tratara de maleantes se aprehendieron la patente del vehículo mientras aquellos efectuaban el control que duró cerca de 30 minutos, siendo esta CWTW35, describiendo R.C. (R.C.C) al conductor como un individuo que media 1,80 cm. de estatura, “pelón” (calvo) y usaba un “chulo” (gorro) negro identificando a V. (N.V.R); a su vez, el “chatito”, que viajaba como copiloto

11 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 11°.

era el más bajo de los tres, presentaba un poco de barba y vestía un polerón plomo con capucha, aludiendo a T. (A.T.R.), mientras que la persona morena viajaba en el asiento trasero de la camioneta, de contextura mediana, quien tenía una cicatriz o mancha en la mejilla derecha y vestía un polerón negro con naranja, refiriéndose a D (L.D.P); realizando T.(J.T.C) igual identificación. Se suma a lo anterior la descripción de los acusados, según lo expuso el carabinero Beroíza Valdés, en cuanto indicó que al darle cuenta a los funcionarios de la denuncia hecha por una mujer relativa al asalto y la coincidencia con la patente dada por ésta y la de la camioneta en que se trasladaban apreció que T. (A.T.R) vestía un polar plomo y blue jeans, el sujeto de tez morena, una casaca negra con el logo de la PDI en su brazo, en tanto, que el otro individuo, era alto, delgado y calvo.

Asimismo, se debe tener presente que luego de ser abandonadas las víctimas por los hechores en medio del desierto caminaron en dirección a Colchane por la ruta que la unía con Cariquima, encontrándose con algunos vehículos y en busca de señal de celular, al subir a un cerro lograron captarla, llamando C. (R.C.C) a doña A.I., cerca de las 21:00 horas, donde le indicó que habían sido asaltados por policías y que eran tres sujetos que iban en una camioneta negra parecida a la Hilux, siendo abandonados en Cariquima y le habían robado US\$15.000, intentando darle la patente, pero se cortó la comunicación, siendo contactada por éste un tiempo más tarde donde le entregó la placa CWTW35, agregando que los asaltantes eran dos sujetos blancos y uno moreno, uno alto y los otros más bajos, información que I. (A.I) entregó al oficial de guardia de Huara y Colchane donde fue traspasada su llamada, aunado a que en atención a la entrevista mantenida por Beroíza Valdés y Saavedra Iturra en la tenencia de carreteras de Huara con los acusados y la entrega por parte del inspector T. (A.T.R), como el funcionario más antiguo a cargo del operativo, de sus antecedentes personales, los que junto a la patente informada por doña A.I. fue remitida a Colchane, habiendo recibido la llamada de la mujer el carabinero González a quien le dio cuenta de lo sucedido y una vez arribadas las víctimas cerca de las 23:30 horas, oportunidad en que el teniente Retamal, a fin de verificar los antecedentes recibidos desde Huara ingresó al sistema biométrico los datos del jefe de la patrulla, en el computador que está en la guardia ubicado frente al sillón donde esperaban los afectados ser atendidos, apareciendo en la pantalla la fotografía de T. (A.T,R), el que fue reconocido de inmediato por éstos como uno de los hechores, lo que fue relatado por aquéllas, por Retamal Riquelme y Urzúa Barrera, quien, además, agregó que los afectados al ver la patente que tenía anotada en un papel sobre su escritorio la corrigieron, por cuanto existía un error en una de sus letras, ya que figuraba como CWPW35 en circunstancias que la correcta era CWTW35¹².

En este mismo orden de ideas, acerca del concurso de personas en el delito profundiza el referido considerando duodécimo, aun cuando la consideración como autores fue por decisión de mayoría, tal como mencionamos anterior-

12 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 22°.

mente¹³. En ese sentido, en lo pertinente el fallo refiere: “...se estimó, por decisión de mayoría, que la intervención de todos los acusados fue la de autor por cuanto ejecutaron de manera inmediata y directa acciones para que el delito se concretara, considerando que el dominio del hecho unitario era común a todos los hechores, existiendo una decisión común sobre el mismo y en razón de lo anterior tomaron parte en la ejecución del delito, lo que se demuestra en que cada uno de los agentes intervinieron ejecutando una parte de aquel, de manera que complementa la de los otros en la totalidad del delito. En este sentido don Enrique Cury Urzúa en su libro *Derecho Penal, Parte General*, página 610, ha señalado que “son coautores quienes se han dividido la realización del hecho en términos tales que disponen del condominio del hecho sobre cuya consumación deciden en conjunto, porque su contribución es funcional a la ejecución total”. Así, cada coautor es responsable de totalidad del hecho requiriendo el acuerdo de voluntades y la prestación de una contribución que sea funcional a la realización del mismo.

En la especie los acusados llegaron juntos al paradero a bordo de la camioneta negra, conducida por V. (N.V.R), descendiendo de la misma, oportunidad en que dos de ellos, T. (A.T.R.) y D. (L.D.P), interactuaron con las víctimas, solicitándoles su documentación, registrándoles sus bolsos y aprehendiendo materialmente el dinero que portaban, en tanto, V. (N.V.R.), permanecía, a escasos metros, al lado del vehículo, presenciando estos sucesos, sin embargo, éste luego que subieron a los afectados al interior de la camioneta inició la marcha en dirección a Iquique y no al complejo fronterizo que se encontraba a escasos metros de la parada, avanzando algunos kilómetros hasta el cruce a Cariquima, donde tomó esta ruta, sin que nadie le diera indicación o instrucción alguna, para detenerse después de 15 ó 20 minutos, donde hicieron descender a uno de los afectados continuando la marcha lentamente con la otra víctima a bordo, el que abrió la puerta lanzándose del móvil, luego de lo cual inició el retorno observando este afectado como encendía y apagaba las luces de la camioneta, todo lo cual demuestra el concierto previo y la voluntad de todos los intervinientes en la realización del delito, puesto que respecto del chofer la conducta lógica debió ser encaminar la marcha del vehículo en dirección al complejo fronterizo para poner a disposición del personal de Policía Internacional a estos individuos cuya situación migratoria era sospechosa, pero sin que mediara instrucción alguna tomó la dirección opuesta y después de unos minutos, se desvió hacia Cariquima, lo que se suma que el día siguiente V. (N.V.R) y D. (L.D.P) lavaron la camioneta en el cuartel policial, a fin de eliminar todo rastro de la presencia de las víctimas en la camioneta¹⁴, lo que fue corroborado por lo depuesto por el testigo Contreras Cortés al señalar que al llegar el día 9 de abril en horas de la mañana al cuartel policial le sorprendió que ésta hubiera sido limpiada con tanta premura; antecedentes que llevó a considerar a la mayoría de estos jueces que la intervención del acusado V. R. (N.V.R) en el hecho imputado lo fue en calidad de autor y no de cómplice, citando al respecto lo sostenido nuestro máximo tribunal en la sentencia de 2 de marzo de

13 Ver *Supra*, p. 1.

14 El destacado del autor.

2001, en los autos Rol N°3864-2000 “la complicidad supone cooperación, pero no concierto lo que permitiría distinguirla de los casos de autoría o coautoría”¹⁵.

Luego del examen de los razonamientos del Tribunal Oral, concernientes a la participación que les cupo a los acusados en los hechos materia del juicio, podemos recapitular acerca de las antagónicas versiones que se plantearon por la parte acusadora y por la defensa de los acusados. En efecto, el tribunal conforme se lee de los extractos pertinentes de la sentencia que hemos expuesto, logró formarse convicción respecto de la efectiva participación de los imputados en los hechos por los cuales fueron enjuiciados. Ahora bien, para terminar y concluir este primer aspecto que fue de gran debate en las diversas audiencias de juicio, es menester señalar que el tribunal no sólo se formó dicha convicción con las declaraciones que prestaron en juicio las víctimas, sino también porque parte de la prueba que se rindió y que tenía por objeto sustentar las tesis de la defensa, cuyo presupuesto fundamental era la inexistencia de cualquier tipo de reunión, contacto o trato entre víctimas y acusados no logró generar la requerida duda razonable en el juzgador. En esta línea argumentativa, es ilustrativo a modo de ejemplo, el modo como valoró el tribunal parte de la prueba que se rindió y que no generó convicción en el sentenciador. Así puede verse, en la parte pertinente de la sentencia: “*En cuanto al sumario administrativo presentado por la defensa no fue considerado por estos sentenciadores, por cuanto se estimó que este carecía de la objetividad necesaria para otorgarle valor, primero, considerando que éste se enmarca dentro de una investigación de carácter administrativa y que persigue establecer responsabilidades de esa índole, objetivo muy distinto al que se pretende en una investigación criminal y segundo, en atención al reconocimiento efectuado por el propio fiscal sumarial Pradenas Tiznado al señalar en estrados que en pos de su objetividad omitió tomar declaración a las víctimas, requiriendo información indirecta sobre su narración de los hechos, a través del abogado de la institución, quien a esa época era abogado defensor de los acusados, pero que si escuchó de manera directa la versión de los acusados al prestar declaración ante él en el referido sumario, por otra parte, la declaración de Pradenas en estrados pareció sesgada y parcial en el interrogatorio directo por parte del defensor, sobre todo considerando que solo gracias a la labor efectuada por fiscal y querellantes reveló circunstancias que había omitido anteriormente y que perjudicaban a los encartados, lo que sin lugar a dudas nos hace cuestionar la imparcialidad de su relato, por lo que ha sido su declaración valorada de manera negativa*”¹⁶.

A mayor abundamiento, la sentencia cumpliendo con lo preceptuado en el artículo 297 inciso segundo del Código Procesal Penal, en cuanto a que “El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las

15 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 12°.

16 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 12°.

razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”, se dedica a parte de esa tarea en el considerando décimo tercero del fallo. Allí, el tribunal realiza un examen pormenorizado de las declaraciones que los acusados prestaron ante estrados en las cuales niegan toda vinculación con el ilícito, asimismo, expresa en diversos acápite cuáles son las razones que tuvo para desechar sus versiones exculpatorias. En ese sentido, dicho considerando comienza señalando que las desecha porque la prueba de cargo que se incorporó en el juicio permitió concluir lo inverso¹⁷. Uno de los aspectos de los que en particular se preocupa el fallo en esta parte es el relativo a que los acusados aseguraron no haber efectuado fiscalización alguna a los afectados o a cualquier otra persona, salvo a su blanco R.V.B. (mencionado anteriormente como el “B”) en el salario de Coipasa. Así, podemos encontrar en la sentencia, en la parte pertinente del considerando aludido, que: *“las probanzas allegadas al juicio permitieron establecer de manera irrefutable lo contrario, esto es, que efectivamente los imputados tuvieron contacto con los afectados en el paradero de Colchane, lo que se concluye de los dichos contestes de C.C.(R.C.C) y T.C.(J.T.C) al señalar que estando en el paradero esperando el bus que los llevaría hasta la ciudad de Iquique, fueron abordados por tres sujetos que descendieron de una camioneta negra, quienes manifestaron ser de la Policía de Investigaciones y pidieron sus documentos a todos los que esperaban locomoción en ese lugar, reconociendo que habían ingresado por un paso no habilitado y que se dirigían a Iquique a comprar vehículos, les preguntaron por el dinero que llevaban ordenándoles esperar al costado de la camioneta y que al arribar el bus que esperaban algunos de ellos subieron y en atención que C. (R.C.C) silbó para que el bus detuviera su marcha y abordarlo, uno de los individuos le señaló al auxiliar del vehículo de locomoción que se retiraran, porque eran policías y los fiscalizados se encontraban de manera irregular en el país, luego de lo cual procedieron a arrebatarles el dinero que portaban, subiéndolos a la camioneta debiendo dejar sus mochilas en el pick up de la misma, siendo trasladados a las cercanías de Cariquima, lugar donde fueron abandonados, lo que fue comprobado por los dichos de los funcionarios pertenecientes al departamento quinto de la Policía de Investigaciones Suazo López y Toro Espinoza, los que de manera conteste indicaron que el subcomisario Toro tomó declaración al chofer y auxiliar del bus Fer en que se trasladaron los afectados y refirieron haber visto la camioneta negra en que tres sujetos fiscalizaban a otros dos ciudadanos, uno boliviano y otro peruano, en el paradero de Colchane y haber escuchado que uno de ellos silbó por lo que al descender el segundo del bus para ver qué pasaba le indicaron que el bus debía retirarse, porque eran de la Policía de Investigaciones y los pasajeros se quedarían dado su ingreso irregular al país, comprobándose que tanto Rubén como Anselmo Mamani fueron controlados en la Avanzada Colchane por Policía Internacional el día de ocurrencia de los hechos, a las 18:26 y 19:20 horas, respectivamente, según aparece de la auditoría por*

17 Cfr. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 13°.

consulta por funcionario incorporado por el acusador...¹⁸. Un poco más adelante puede leerse en el fallo: “En este mismo sentido está la declaración del perito fotógrafo Marcelo López Contreras y del perito en huellas Christian Aravena Sánchez, quienes mencionaron respecto de la inspección efectuada el 13 de abril de 2011, a la camioneta CWTW35, en dependencias de la Policía de Investigaciones, por diversos peritos que en el pick up de la misma se encontró, entre otras especies, un corta uñas de unos 10 centímetros, el que fue levantado por los peritos del Laboratorio de Criminalística, procediendo a fotografiarlo, cuya imagen fue proyectada en la audiencia, correspondiendo al mismo elemento que J.T.(J.T.C.) manifestó no haber hallado entre sus pertenencias al revisar su mochila al día siguiente de los hechos, quien igualmente lo reconoció en la audiencia como propio al exhibirle la fijación del mismo”¹⁹.

De este modo, coherentemente con lo señalado en el párrafo anterior, el sentenciador logra resolver y concluir respecto de esta controversia: *“De esta manera, a este tribunal no le cabe duda alguna sobre que el día 8 de abril de 2011, en horas de la tarde, la patrulla liderada por el inspector T. (A.T.R.) interceptó a R.C.(R.C.C) y J.T.(J.T.C) mientras esperaban el bus que los trasladaría a esta ciudad en el paradero de la localidad de Colchane, lo que no obsta a los dichos de los funcionarios V., V.(N.V) y L. por cuanto reconocieron que las patrullas, se separaron dirigiéndose ellos a Pisiga en tanto que la comandada por T. (A.T.R.) a Cariquima, reuniéndose horas después en el kilómetro 121 de la ruta A55, intervalo de tiempo en el cual pudieron acaecer los hechos descritos por los acusadores”²⁰.*

De todo lo mencionado previamente en este apartado es dable concluir que el tribunal, en base a la prueba rendida durante el juicio que hemos expuesto de forma somera, pudo dilucidar que entre las versiones antagónicas que por una parte sustentaban la acusación, y por otra la sostenida por la defensa, se optó fundadamente por desechar ésta última que proponía que los acusados no habrían tenido contacto alguno con las víctimas y en consecuencia no habrían estado presentes en el lugar y hora de los hechos cuando ellos ocurrieron y a la vez, adquirió convicción acerca de que los acusados sí tuvieron participación como autores de los hechos por los cuales fueron llevados a juicio.

Dicho lo anterior, nos queda referirnos a cómo los hechos que tuvo por acreditados el tribunal fueron considerados constitutivos del delito de robo con intimidación. Si bien anteriormente²¹ mencionamos los elementos del tipo penal, nos queda pendiente detenernos brevemente en el concepto de inti-

18 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 13°.

19 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 13°.

20 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 13°.

21 Ver *supra* p. 7.

midación, el cual fue otro de los puntos debatidos durante el juicio y que el tribunal resolvió estimar concurrente en el caso que revisamos.

IV. Configuración del elemento intimidación como medio de ejecución vinculado en los hechos materia del juicio

Como ya mencionamos anteriormente, el tribunal en el considerando undécimo se ocupa de realizar un análisis de los elementos del tipo penal que deben concurrir en el delito de robo con intimidación. En la especie no presentan mayor inconveniente los relativos a la apropiación, objeto material del delito, ajenidad de la cosa, el actuar contra la voluntad del dueño o poseedor y el ánimo de lucro. Sin embargo, aclararemos que en el considerando undécimo el fallo se refiere a la sustracción de cosa mueble ajena sin voluntad de su dueño, que luego de referirse en extenso a las declaraciones de las víctimas, de testigos, tanto particulares, como el caso de la denominada A.I. que recibió un llamado telefónico de parte de las víctimas lo que permitió denunciar el hecho, como los testimonios de funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones, en particular del Departamento V, se arribó a la conclusión que: *“Lo expuesto permite acreditar la apropiación por parte de los sujetos activos del dinero que llevaban las víctimas consigo, los que fueron entregados por éstos sin su voluntad. En efecto, claramente los hechores tomaron materialmente el dinero, apoderándose de éste y comportándose como dueños del mismo, sacándolo de la esfera de custodia de aquéllos, concurriendo el ánimo de apropiación con la intención de comportarse como propietario de la cosa sustraída al guardar el dinero en el bolsillo de su pantalón, quedándose con él después de abandonar a las víctimas en las cercanías de Cariquima. En efecto, a juicio del tribunal la apropiación tuvo lugar al guardar los hechores el dinero entre sus vestimentas, por cuanto desde ese momento éste se tornó inalcanzable para las víctimas, puesto que no tenían poder ni control alguno sobre la especie, demostrando los hechores su ánimo apropiatorio de manera inequívoca al tomar contacto con C.(R.C.C) y T.(J.T.C) en el paradero de Colchane aludiendo a su calidad de policías sin mostrar placa ni identificarse adecuadamente, el que mantuvieron al retener sólo a ellos, ordenando que los otros individuos que estaban en la parada que igualmente habían ingresado por un paso no habilitado, se retiraran del sector, permitiendo que regresaran a su país de procedencia, luego de saber que únicamente aquéllos portaban dinero para la compra de vehículos”*²².

Sin duda el elemento del tipo que se prestó para mayor debate fue el de la intimidación. En este sentido se hace necesario mencionar que el delito de robo con intimidación es un delito de acción doble, es decir, requiere de dos actos para que este se consume, en la especie, la apropiación y un medio particular de ejecución, a saber, la intimidación. Respecto de la intimidación, el artículo 439 del Código Penal nos ofrece una interpretación auténtica contextual de

²² Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 11°.

lo que debe entenderse por intimidación, lo que nos lleva al concepto de amenaza. En efecto, la norma antes mencionada señala que “Para los efectos del presente párrafo se estimarán por violencia o intimidación en las personas los malos tratamientos de obra, las amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega”. De allí la doctrina ha exigido para la concurrencia de la amenaza de ciertos requisitos, tales como que la amenaza deba ser seria, que el mal con que se amenace sea grave, que la amenaza sea verosímil y concreta²³.

A su turno, el fallo en el considerando undécimo acomete la tarea de establecer como se configuró el mentado elemento en el caso concreto. Así, se refiere a las declaraciones de las víctimas R.C.C. y J.T.C., puesto que sus dichos permitieron: “...*determinar las diversas acciones desplegadas por los acusados destinadas a obtener la entrega de su dinero, permitiendo crear el contexto tendiente a impedir la resistencia de las víctimas a la entrega del mismo. Así, en primer lugar, tenemos el haberse presentado ante los afectados aludiendo a su calidad de funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, que naturalmente implica un acto de autoridad que debilita la voluntad de quien es controlado o fiscalizado y que genera en el mismo un natural temor, más aun, considerando que en el caso concreto, se trataba de dos sujetos extranjeros que habían ingresado a Chile por un paso no habilitado. Después se debe considerar la circunstancia de haber sido segregados del resto de los pasajeros que esperaban en el paradero el arribo del bus que los trasladaría a Iquique, lo que se tradujo en que las víctimas dudaran de la calidad de policías, representándose que tal vez fueran maleantes, lo que los llevó a memorizar la placa patente de la camioneta, C. las letras y T. los números. Este temor se acrecentó al impedirles junto a una pareja que estaba en el lugar, subir al bus, aduciendo su ingreso irregular al país, temor que se incrementó más aún al observar que la referida pareja fue liberada ordenándoles se retiraran y regresaran a su país, quedando solos con los hechores, quienes exigieron la exhibición del dinero, orden que debido al miedo que ya sentían, obedecieron sin protestar ni resistirse, para después aprehender materialmente el mismo procediendo a guardarlo entre sus vestimentas. Tampoco se resistieron a la orden de subirse a la camioneta por cuanto serían expulsados de Chile, en atención a la calidad de policías que aludían, sin embargo, emprendieron viaje a Iquique y no al complejo fronterizo que se encontraba a unos cuantos metros en sentido contrario, representándose que tal orden se llevaría a cabo desde esta ciudad, idea hasta cierto punto tranquilizadora que se desvaneció cuando la camioneta al llegar al cruce con el camino a Cariquima se desvía hacia esa localidad, lo que generó derechamente pánico en las víctimas al conocer los afectados lo despoblado de la zona y la oscuridad del sector, concretándose, una vez avanzado unos 15 minutos, en el abandono de las víctimas a su suerte, a fin de lograr la impunidad de su ilícito,*

23 Cfr. POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, pp. 344 y ss.

*donde el temor inicialmente existente se transformó en miedo a morir en manos de sus asaltantes, según lo expresaron en estrados ambas víctimas*²⁴²⁵.

Antes de continuar con la exposición de otros pasajes relevantes de la sentencia relacionados con la intimidación, es necesario recordar que una de las exigencias que se le ha impuesto a la amenaza en el delito de robo con intimidación es que ésta debe ser seria, en este orden de ideas se ha dicho que “la amenaza como señalamiento de un mal futuro hecho por el que intimida, debe existir objetivamente, debe existir de forma explícita o implícita”²⁶. Por lo mismo agregan los mismos autores que, “...lo que se exige es que la amenaza exista, esto es, sea verdadera, no el mal con que se amenaza, el que sólo debe ser verosímil...”²⁷. Y respecto de la verosimilitud del mal con que se amenaza refieren que para determinar si la amenaza es verosímil, hay que atender a la concreta situación relacional entre el afectado y el autor del delito y no sólo al medio que se emplea para amenazar”²⁸.

Enseguida, la sentencia acude a la doctrina de POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ para comprender el concepto de miedo, noción que ya habían incorporado los sentenciadores como concurrente en las víctimas, según se destacó en el considerando undécimo, ya que ese sentimiento se transformó en el de morir en manos de los asaltantes. Así, citando a los autores señalados refieren que miedo es “una perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo real o imaginario. Si bien no es necesario que el temor infundido provoque la paralización del ofendido o su resistencia enérgica, si es necesario que el amenazado tenga la conciencia de ser víctima del mal con que se le amenaza” (Lecciones de derecho penal chileno, parte especial de Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A. y María Cecilia Ramírez G., página 345)²⁹.

Ahora bien, trasladando estos conceptos doctrinarios a los hechos que fueron objeto de juzgamiento, el pronunciamiento del tribunal se encarga de argumentar cuáles fueron las series de circunstancias que llevaron a que concurrieran en los afectados los requisitos que exige el tipo penal en esta materia. En ese sentido, el ya varias veces mencionado considerando undécimo expresa al respecto: “*En este sentido los hechos en la forma establecida conformaron un acto complejo, con diferentes momentos constitutivos de una sucesión de acciones desarrolladas por los agentes, desde el momento en se presentaron ante las víctimas aduciendo a su condición de policías hasta el abandono de aquéllas en medio del*

24 El destacado del autor.

25 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 11°.

26 POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, p. 345.

27 POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, ob. cit., p. 346.

28 POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, ob. cit., p. 346.

29 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 11°.

desierto, secuencia de sucesos que hicieron nacer naturalmente en los afectados el debilitamiento de sus medios de defensa privada, minando su voluntad de resistir el acto expropiatorio que les afectaba al creerlo inserto dentro de un procedimiento policial, lo que evidentemente no era así, desde que los acusados demostraron desde el inicio su ánimo apropiatorio y no su intención de cumplir con su deber, según ya se explicitó y desde el punto de vista de las víctimas, la intimidación se desarrolló en forma progresiva, hasta llegar hasta un punto culmine, al sentir éstas un temor real por sus vidas cuando advirtieron que la intención de los policías no era llevarlos al complejo fronterizo o presentarlos a la autoridad competente, sino algo distinto, representándose incluso la posibilidad que les dieran muerte. Fue la actitud y comportamiento de los imputados la que causó un temor serio y grave en el ánimo de éstos de verse expuestos a importantes consecuencias en caso de oponer resistencia, lo que se acrecienta en razón a que los acusados, valiéndose de su calidad de funcionarios públicos se aprovecharon de la condición de irregularidad en que las víctimas se encontraban en el país y de su marginalidad cultural y socioeconómica, lo que les facilitaba la sumisión a sus designios y la impunidad de su acción, ya que era difícil que en esas condiciones los afectados denunciaran los hechos o después persistieran en su incriminación. En este contexto los afectados carecían de tiempo suficiente para adoptar alguna medida de resguardo o seguridad, o bien, oponerse a la entrega de sus cosas, ya que quienes se las solicitaban se identificaron como policías, siendo constreñidas por esta circunstancia a hacerlo en un lapso mínimo”³⁰.

Además, el fallo para fundamentar la sentencia condenatoria por el delito de robo con intimidación cita la opinión de Antonio Bascuñán Rodríguez. En efecto, se lee en la sentencia “...Antonio Bascuñán Rodríguez en su artículo “El robo como coacción”, publicada en la Revista de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, página 104 y 105, donde sostiene que “..la doctrina dominante exige para realizar el tipo del delito de robo que la amenaza consista en un anuncio de la inminente irrogación... de un atentado grave a bienes relevantes, como la incolumidad personal... o la libertad personal... Por el contrario, desde el punto de vista de la gravedad de la afectación de la libertad no tiene importancia alguna que el coaccionador tenga la sincera intención de irrogar el mal y cuente la posibilidad efectiva de hacerlo. La seriedad y verosimilitud de la amenaza deben apreciarse desde la perspectiva del coaccionado, siempre que esta sea reconocible por el coaccionador. **El miedo introducido mediante engaño es temor y no error**”. Y agrega que “por amenaza en el marco de lo injusto de la coacción se entiende todo anuncio de un mal cuya irrogación se presenta como dependiente de la voluntad del coaccionador, la cual se presenta a su vez como subordinada al comportamiento del coaccionado”³¹.

30 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 11°.

31 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 11°.

Añade la sentencia que la conducta de los imputados satisface el concepto de intimidación que exige el artículo 439 del Código punitivo, pues indica que los acusados coaccionaron a las víctimas para quitarles el dinero que portaban y que ello lo realizaron mediante acciones directas ejecutadas para tal finalidad y que con ello le provocaron a las víctimas el temor de sufrir un daño físico inmediato respecto del cual estaban imposibilitados de resistir³².

Para terminar con los requisitos de la amenaza el fallo reconoce que se cumple con los requisitos de seriedad, gravedad, verosimilitud e inmediatez que esta requiere. En efecto, en el caso concreto “... C.(R.C.C) y T.(J.T.C.) exhibieron el dinero que portaban, porque así se lo requirieron los imputados en su calidad de policías sin que se opusieran a que se lo arrebataran en atención a esa misma circunstancia y por lo anterior abordaron la camioneta por cuanto serían expulsados del país, sin embargo, en lugar de ello, los hechores desviaron el móvil tomando una ruta en dirección a un poblado fronterizo, en un sector deshabitado, oscuro y desolado, considerando, además, que si éstos eran policías era lógico suponer que contaban con armas, como efectivamente era en la especie y así, lo reconocieron en estrados los propios imputados y los integrantes de la patrulla de apoyo que los acompañó a la zona, compuesta por Valenzuela, Vásquez y León, lo que naturalmente permitía pensar que se atentaría en contra de sus vidas, resultando ello perfectamente posible dadas las circunstancias de desviar repentinamente el móvil por un camino solitario que los conducía a la pampa, percibiendo el peligro como inmediato e inminente sobre todo cuando forzaron a descender a C. de la camioneta manteniendo a T. al interior de ésta”³³.

También se ocupa el fallo de referirse a la relación espacio-temporal entre la intimidación y la apropiación, circunstancia que tiene que ver con el rol que ocupa la esfera de resguardo en este delito³⁴. En otras palabras, respecto del momento en que se produjo la intimidación en relación con la apropiación del dinero de propiedad de las víctimas la sentencia nos indica que “... la intimidación según lo indica el artículo 433 del Código Penal, puede tener lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de la apropiación para facilitar la impunidad. En el caso que nos ocupa entendemos que aquella tuvo lugar de manera coetánea y posterior a la apropiación de las especies, puesto que las conductas de los hechores desde su llegada al paradero generaron en las víctimas el temor necesario para evitar su resistencia a la entrega de sus pertenencias y a su traslado en el vehículo policial aparentemente inserta en un procedimiento de control de identidad, para luego, existir por parte de los agentes, una amenaza implícita de causar a las víctimas un daño a su vida, integridad corporal o salud, lo que se ejerció para procurar la impunidad del delito reflejándose en el hecho de

32 Cfr. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 11°.

33 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, sentencia RUC 11100111669, RIT 3-2012, de veinticinco de abril de dos mil doce, considerando 11°.

34 Cfr. POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, ob. cit., p. 341.

haberlos dejado abandonados en una zona despoblada. Así, de manera inmediata a la apropiación los instan a subir al vehículo aludiendo a que serán expulsados del país en atención a su ingreso clandestino, siendo trasladados en dirección a Iquique, desviándose luego por el camino que lleva a Cariquima donde son abandonados separadamente, primero C. (R.C.C.) y después T. (J.T.C), de manera que el temor se ve acrecentado desde el momento en que la camioneta se aleja del camino principal para tomar la ruta aleadaña, por cuanto sabían y conocían que se trataba de un sector desolado, considerando además que ya había oscurecido y que la zona carecía de toda iluminación, representándose en esos instantes la posibilidad de sufrir un atentado a su vida, más aún, cuando detienen el móvil haciendo descender a uno de ellos, C., para continuar inmediatamente la marcha con T., circunstancias que provocan temor en un hombre medio, de lo que se desprende que la coacción moral ejercida sobre ellos estaba en directa relación con la pretensión de lograr que el delito cometido no fuera perseguido penalmente. De la forma expuesta, es posible tener por acreditado que en el afán de lograr la impunidad y luego de haber concretado la sustracción de la especie de propiedad de los afectados se ejerció intimidación sobre los mismos, existiendo de esta manera una relación de causalidad entre las amenazas implícitas que se desprendían de las acciones de los hechores y aquella”.

En suma, de lo que se ha expuesto en los acápites anteriores puede concluirse que en el presente caso no pueden soslayarse dos particularidades. La primera de ellas, que se vieron involucrados funcionarios policiales en servicio activo como sujetos activos del delito, y la segunda de ellas es que de otro lado las víctimas, que correspondían a dos ciudadanos en condición migratoria irregular, hacían que las dificultades probatorias propias de todo delito se hicieran más evidentes, toda vez que tanto el Ministerio Público como los diversos querellantes se enfrentaron con una teoría del caso absolutoria que obligaba a resolver dos órdenes de problemas, uno de ellos relativo a las tesis exculpatorias que sostenían los acusados y por otra parte, las alegaciones de la defensa relativas a los elementos del tipo delictivo.

Respecto de las primeras, de orden probatorio fáctico, pudo comprobarse cómo con la prueba rendida el tribunal sobrepasó el estándar que actualmente exige nuestro legislador y cómo a su vez el propio juzgador construyó sus razonamientos de tal forma que los recursos de nulidad que se intentaron por parte de la defensa de todos los acusados no prosperaron, rechazándose las dos causales de nulidad intentadas ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, a saber, la causal de nulidad del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, relativa a los requisitos de la sentencia y la valoración realizada por el tribunal y la causal o vicio de nulidad establecido en el artículo 373 letra b) del mismo cuerpo legal señalado, esto es, cuando, en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Finalmente, la presente sentencia nos ofrece un elaborado ejemplo de aplicación razonada de la figura penal del robo con intimidación en aquellos casos, que no siendo los de general ocurrencia, la amenaza que requiere la intimidación no se presenta de manera explícita, sino que implícita, otorgándole en este caso a la norma interpretativa contextual del artículo 439 del Código Penal una fundada aplicación, sobre todo en lo relativo a la intelección del concepto de amenaza como medio de ejecución del robo con intimidación, sin que ello implique en ningún caso un atentado a la certeza jurídica, garantía propia de todo ordenamiento jurídico contemporáneo y con mayor razón cuando al de naturaleza punitiva nos referimos.

