

ISSN: 0718-6479



# Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº53 - DICIEMBRE 2012

# REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

---

N°53 - Diciembre 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](mailto: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

Recurso de nulidad rechazado. Declaración del imputado ante funcionarios de la policía. Testimonio de oídas. Exigencias del contenido de la sentencia <i>Corte Suprema</i>	11
Recurso de queja acogido. Extensión de los efectos del recurso de nulidad <i>Corte Suprema</i>	23
Recurso de nulidad acogido de oficio. Oportunidad del imputado para declarar en el juicio oral. Fundamentación contradictoria de una circunstancia agravante <i>Corte Suprema</i>	27
Recurso de queja acogido. Violación del principio de inmediación <i>Corte Suprema</i>	33
Requerimiento de inaplicabilidad declarado inadmisibile en virtud de decisiones previas en el mismo sentido <i>Tribunal Constitucional</i>	39
Requerimiento de inaplicabilidad acogido. Artículo 111 inciso 1° del Código Procesal Penal <i>Tribunal Constitucional</i>	45

### II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

#### Artículos

Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de trata de personas <i>Jorge Vitar Cáceres</i>	59
--	----

### III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

#### Artículos

¿Es posible la calificación de funcionario público respecto de los martilleros públicos? <i>Yelica Lusic Nadal</i>	83
---	----

## Sentencias Comentadas

Comentario de sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Rancagua  
Rol N°343-2012 de fecha 25/09/2012 y del dictámen N°55.587 de fecha 6/12/2007  
“Efectos de las penas privativas de derechos” 89

*Claudia Ortega Forner*

## IV. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

### Artículos

La conspiración, la agravante del artículo 19 letra a) y la asociación ilícita del  
artículo 16 de la Ley 20.000 105

*Renzo Figueroa Aste y Rubén Salas Orellana*

### Sentencias Comentadas

Comenta recurso de nulidad interpuesto por la defensa en relación a la  
determinación precisa de la pureza de la droga como elemento de los tipos  
penales establecidos en la Ley N°20.000 131

*Juan Castro Bekios*

## V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EXTRADICIONES

### Artículos

Video conferencias judiciales internacionales  
Experiencia práctica 149

*Álvaro Hernández Ducos*

## VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

### Artículos

Informe sobre femicidio en Chile. Estadísticas relevantes 2012 y datos  
comparativos 165

*Roberto Rodríguez Manríquez*

Algunas consideraciones sobre el estado de necesidad contemplado en el  
artículo 10 N°11 del Código Penal y su reconocimiento por la jurisprudencia 175

*Ivonne Sepúlveda Sánchez*

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

### **Artículos**

Interpretación jurisprudencial de los principales tipos penales contenidos en la Ley 20.507 201

*Tania Gajardo Orellana, Karen Guzmán Valenzuela y Carolina Suazo Schwencke*

### **Sentencias Comentadas**

Concepto de patrimonio y contenido del elemento perjuicio en el delito de otorgamiento de contrato simulado: comentario sentencia caso Inverlink, dictada por la Excm. Corte Suprema con fecha 14 de diciembre de 2012 219

*Verónica Rosenblut Gorodinsky*

## **VIII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS**

### **Artículos**

Ensañamiento en el homicidio. Algunas conclusiones en base a la jurisprudencia chilena (2010-2011) 237

*Rodrigo Fernández Moraga*

### **Sentencias Comentadas**

Comentario a Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que acoge la calificación de hechos como Robo con Violencia e Intimidación en caso de fractura de vidrio de vehículo con la víctima en su interior y rechaza atenuante del artículo 11 N°6 del CP, por la existencia de condenas previas como adolescente 249

*Luis Iván Jaramillo Santibáñez*

Procedencia de la agravante de responsabilidad penal de reincidencia específica, respecto de condenas impuestas como adolescente 257

*Rodrigo Peña Sepúlveda*



## PRÓLOGO

La Agencia de la ONU para los Refugiados es uno de los tantos organismos que denuncian el alarmante aumento del tráfico de personas favorecido entre otras razones, por las malas condiciones de vida de países menos desarrollados, por las estrictas políticas migratorias en los países industrializados, y por el hecho que nuestras sociedades han tardado en considerar su ocurrencia como un problema estructural.

Esta grave problemática se ha trabajado a nivel mundial, habiéndose logrado en el año 2000 la suscripción de la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como de sus Protocolos Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

Nuestro país no se ha marginado de este proceso, y no sólo ha suscrito estos instrumentos internacionales, sino que también ha tipificado los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas en la Ley N°20.507 y, modificando el Código Penal, ha establecido los delitos de facilitar o promover, con ánimo de lucro, la entrada ilegal a Chile de extranjeros, el de facilitar o promover la entrada al país de personas para que ejerzan la prostitución y el que sanciona a quien traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a éstas o extracción de órganos, así como estatuido sanciones a quienes se asocien con el objeto de cometer estos delitos.

Concordante con este esfuerzo, durante el segundo semestre del año 2012, el Ministerio Público llevó a juicio oral dos investigaciones por los delitos contemplados en la Ley N°20.507. Ambos procesos se siguieron ante el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, concretamente por los delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, y en ambos se trataba de organizaciones criminales que venían funcionando a lo menos desde el año 2010.

Los pronunciamientos recaídos en dichas causas resultan de gran relevancia, no sólo por lo que implican en la lucha contra este flagelo, sino por los alcances jurisprudenciales que representan en nuestro país, por ejemplo, al pronunciarse respecto del bien jurídico protegido en este tipo de delitos.

Destacamos de estos fallos el haberse pronunciado por primera vez en nuestro país sobre figuras jurídicas de breve vigencia y, por lo mismo, con todavía importantes temas pendientes en cuanto a su interpretación, entregándonos líneas que ayudan en la delimitación de la aplicación práctica de esta nueva normativa. Además, confirman y demuestran de manera indiscutible que este tipo de ilícitos también se dan en Chile.

Haciéndonos cargo de la importancia de estos fallos, y en nuestro permanente afán de aportar en el desarrollo del área jurídico-penal, en este número de la Revista Jurídica del Ministerio Público presentamos un completo comentario sobre las referidas sentencias, así como un artículo que reflexiona en torno al delito mismo de trata de personas.

Amén de lo expresado, ponemos a disposición de nuestros lectores algunas reflexiones sobre otros tópicos del quehacer penal contingente, como son recientes fallos del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones, así como comentarios respecto de algunos de ellos, y artículos que analizan diferentes temas de interés, desde análisis prácticos de las declaraciones judiciales internacionales mediante video conferencia, hasta la agravante de la conspiración en la Ley de Drogas, el estado de necesidad del artículo 10 N°11 del Código Penal y la calidad de los martilleros públicos.

**SABAS CHAHUÁN SARRÁS**  
Fiscal Nacional

MATERIAS  
DE INTERÉS GENERAL

---



## RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. DECLARACIÓN DEL IMPUTADO ANTE FUNCIONARIOS DE LA POLICÍA. TESTIMONIO DE OÍDAS. EXIGENCIAS DEL CONTENIDO DE LA SENTENCIA

**Tribunal: Corte Suprema**

### Resumen

*Con fecha 29 de octubre de 2013, la Segunda Sala de la Excm. Corte Suprema rechazó un recurso de nulidad deducido por la Defensoría Penal Pública en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, en los autos RUC N°1100507749-6, la que dio por fijados los siguientes hechos: "Que en el horario existente entre las 23:00 horas del día 18 de mayo de 2011 y la madrugada del día 19 de mayo de 2011, los requeridos (J. A. M. M. y J. A. M. P.), actuando conjunta y coordinadamente, en la parcela ubicada en Ayin Mapu, sector La Peña, comuna de Santa Bárbara, domicilio de la madre de ambos doña E. A. M. M., procedieron a golpearla, para luego rociarla de combustible en el lugar, siendo ésta objeto de la acción de la fauna, mientras ambos imputados, tras la comisión del delito, se iban a sus dormitorios ubicados a escasos metros del lugar en donde ocurren los hechos".*

### 1. Declaración de los imputados

*El recurrente de autos fundamentó el recurso de nulidad en la causal contemplada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por la cual denunció la infracción del artículo 19 N°3 inciso sexto y 19 N°7 letra f) de la Constitución, junto con el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2 y 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 5, 7, 8, 91, 93 letras a), b) y g), 122, 127 y 193 del Código Procesal Penal.*

*Sostuvo como argumento, el haberse valorado positivamente actuaciones policiales que se desarrollaron fuera del marco constitucional y legal, toda vez que los imputados habrían sido conducidos a dependencias policiales sin estar legalmente citados y sin estar enmarcados dentro de la hipótesis de flagrancia, situación en la cual se les habría tomado una declaración sin la presencia del defensor ni del fiscal, sin darles a conocer sus derechos y sin cumplir la obligación de registro de la misma.*

*La Corte desechó tal argumento, señalando que del artículo 91 del Código Procesal Penal se puede advertir la diferencia entre interrogar, lo que se enmarcaría en el contexto de un cuestionamiento, y de declarar, referente a una hipótesis voluntaria de expresión, situación ésta última en la que se enmarcaron los hechos.*

*En este contexto, sostuvo que la regla general indica que el imputado no puede ser interrogado sin su abogado presente, pero ello no obsta a que pueda declarar si así lo desea, para lo cual, no requiere la presencia de letrado, sino la del fiscal o en su*

*defecto su autorización para proceder, sin perjuicio de poderse incorporar cuando se desee (considerando 7°).*

*Por otra parte, señaló que lo que garantizan la Constitución y la ley, es el derecho a guardar silencio y a tener defensa técnica, para lo cual, lo que debe asegurarse es una debida comunicación de esas prerrogativas al inculpado, sin embargo, nada impediría que se renuncie a ellas y consienta en declarar bajo determinadas condiciones. La circunstancia de que el trayecto al cuartel policial haya sido voluntario y durante él, uno de los acusados haya narrado a un funcionario policial haber dado muerte a la víctima, adoptándose las medidas conducentes para que dicho relato se prestara ante el fiscal del Ministerio Público, previa lectura de sus derechos, se encontraba cabalmente enmarcado dentro de lo garantizado por la Constitución y por la ley, por tanto, no existió transgresión a dichos estatutos.*

*La Excma. Corte expresó que el recurrente no logró demostrar que los imputados hayan sido conminados de alguna forma para trasladarse a la unidad policial ni tampoco, que no haya sido materia de registro, por tanto, considerar dicha argumentación implicaría transgredir la norma del artículo 377 del Código Procesal Penal.*

*Finalmente, en cuanto a estos mismos argumentos, sostuvo que es de parecer que el derecho a contar con un abogado desde los actos iniciales del procedimiento, no conlleva la nulidad de todas las actuaciones que se verifiquen en su ausencia, pues la misma ley regula los casos precisos que acarrearán ese efecto y aquellos otros en que, con la anuencia del imputado se puede prescindir de él, como ocurrió en la especie.*

## 2. Testimonio de oídas

*En forma subsidiaria, el recurrente esgrimió la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal en relación al artículo 19 N°3 inciso quinto de la Constitución Política y en conexión con los artículos 329, 331, 332 y 334 del Código Procesal Penal, fundado en que la sentencia consignó que la participación de los imputados se acreditó con el testimonio de oídas de los funcionarios policiales, quienes reprodujeron las declaraciones de los inculpados, las que fueron prestadas en la unidad policial sin la presencia de abogado defensor, lo que vulneraría la inmediación. Por otra parte, criticó que se consideren las declaraciones de los imputados como prueba, en circunstancias que únicamente están concebidas en el artículo 98 del Código Procesal Penal como un medio de defensa.*

*El Excmo. Tribunal, en cuanto a dicha argumentación señaló que esta actuación no es más que un testimonio de oídas que sirve como fuente de información incriminatoria y que no está vedada.*

*Expuso que no hubo afectación de la inmediación, toda vez que nada obsta a que se preste declaración por el imputado voluntaria y libremente y que sea oída por un funcionario, ya que en tal situación, el testigo declarará en el litigio sobre justamente aquello que ha tomado conocimiento, y no hay razón alguna para restar mérito pro-*

*batorio a lo así ocurrido, lo cual, finalmente es recibido directamente por el tribunal que conoció del asunto.*

### 3. Infracción al contenido del fallo

*El recurrente en última instancia fundó su recurso, atendido lo dispuesto en el artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal. Manifestó que la sentencia contiene una fundamentación contradictoria, no aclararía detalles, como por ejemplo, aquellos que rodearon el sitio del suceso, así como también, denunció la omisión de valoración de los hechos relevantes.*

*La Excma. Corte expuso que lo exigido por la norma no es una descripción o detalle minucioso de los medios de convicción y únicamente requiere una descripción fáctica de todos y cada uno de los hechos, es decir, la forma en que se habría cometido el ilícito, la hora y el lugar y las demás circunstancias acreditadas en el proceso, siendo valoradas con libertad, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Esto supone exponer razones, hacer interpretaciones y tomas de posición sobre las posturas que sustentaron las partes en el juicio, lo que finalmente quedó plasmado en la decisión, por el convencimiento alcanzado y la explicación de la decisión adoptada.*

### Texto Completo

Santiago, veintinueve de octubre de dos mil doce.

### VISTOS:

En estos antecedentes rol único N°1100507749-6 e interno N°87-2012, del Tribunal Oral en lo Penal de Los Ángeles, se dictó sentencia el treinta y uno de julio último por la que se impuso a **J. A. M. M.** y a **J. A. M. P.**, la medida de seguridad de internación en el Hospital Psiquiátrico de Concepción por el plazo de quince años y un día por su responsabilidad de autores en el delito de parricidio en grado de consumado cometido en la persona de E. A. M. M., en el horario comprendido entre las 23:00 horas del 18 de mayo de 2011 y la madrugada del

día siguiente, en la comuna de Santa Bárbara, sin costas.

En contra del referido fallo el defensor penal público de los imputados interpuso recurso de nulidad, el que se conoció en la audiencia pública del 9 de octubre pasado con la concurrencia y alegatos del abogado de los acusados don Pelayo Vial, y por el Ministerio Público el abogado don Hernán Ferrera.

Luego de la vista del recurso se citó por el señor Presidente a la audiencia de lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta de fojas 196.

### CONSIDERANDO:

**PRIMERO:** Que el recurso intentado descansa de modo principal en la causal consagrada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por la cual se denuncian

como infringidos los artículos 19 N°3° inciso sexto y 19 N°7° letra f) de la Constitución Política, 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2 y 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 5, 7, 8, 91, 93 letras a), b) y g), 122, 127 y 193 del Código Procesal Penal.

Sostiene el recurrente que se valoraron positivamente actuaciones policiales que se desarrollaron fuera del marco constitucional y legal, toda vez que los imputados fueron conducidos a dependencias policiales sin estar legalmente citados ni se procedió en alguna hipótesis de flagrancia, sino que se trató de un supuesto “traslado voluntario” en que se les tomó declaración sin la presencia de fiscal ni defensor, sin darles a conocer sus derechos ni se cumplió con la obligación de registro de esta “conversación previa”.

Adicionalmente refiere que según depusieron los propios funcionarios policiales, hubo que “ordenar” las declaraciones de los imputados a fin de darles fluidez y entendimiento, ya que se trata de personas con retardo mental moderado que no saben leer ni escribir y con daño orgánico cerebral, de lo cual concluye que se desnaturalizó y manipuló sus relatos.

Explica que la existencia de un proceso previo legalmente tramitado y una investigación racional y justa armoniza con el principio de legalidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la

República, de donde surge un mandato no sólo a los agentes del Estado de encuadrar su actuar dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley, sino también al tribunal, el que debe velar, también dentro de la esfera de sus atribuciones, por el orden institucional y el respeto a la Constitución y la ley. De ello deriva que la actuación ilegal denunciada realizada por los órganos encargados de la persecución criminal redunde en la ilegalidad de la prueba de cargo obtenida y conlleva al mismo tiempo una prohibición de valoración por parte del sentenciador.

Finaliza solicitando que se anule el juicio y la sentencia y se retrotraiga el procedimiento hasta la realización de una nueva audiencia de preparación de juicio oral ante el tribunal de garantía no inhabilitado que corresponda excluyendo a los testigos Diego Badilla Reyes, Pablo Gómez Olivares, Iván Larregla Burdiles, Alberto Díaz Navarrete, Ramiro Pinto Chávez, Felipe Heredia Allende y Claudia Hermsilla Gallegos y se proceda conforme a derecho para posteriormente el tribunal oral no inhabilitado que corresponda proceda a la realización de un nuevo juicio oral.

**SEGUNDO:** Que en forma subsidiaria el recurso se sustenta en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal en relación al artículo 19 N°3° inciso quinto de la Constitución Política y en conexión, a su vez, con los artículos 329, 331, 332 y 334 del Código Procesal Penal, fundado en que la sentencia consigna que la participación de los imputa-

dos se acreditó con el testimonio de oídas de los funcionarios policiales Diego Badilla Reyes e Iván Larregla Burdiles, quienes reprodujeron las declaraciones de sus representados prestadas en la unidad policial sin la presencia de abogado defensor, constituyéndose en testimonios de oídas preconstituídos y preparados en el contexto de una actividad investigativa, lo que vulnera el principio de la inmediación. También critica que se consideren las declaraciones de los imputados como prueba, en circunstancias que únicamente están concebidas en el artículo 98 del Código Procesal Penal como un medio de defensa, lo que acarrea vulneración a los artículos 259, 295, 296, 297 y 340 del mismo cuerpo legal.

Con estos argumentos insta por la invalidación del juicio y la sentencia para que el procedimiento se retrotraiga hasta la realización de una nueva audiencia de preparación de juicio oral excluyendo de los testimonio de Diego Badilla Reyes, Pablo Gómez Olivares, Iván Larregla Burdiles y Claudia Hermosilla Gallegos lo concerniente a lo supuestamente declarado por los imputados como asimismo los dichos de todo aquel que reproduzca las versiones de los imputados, y se proceda enseguida conforme a derecho para que el tribunal oral en lo penal no inhabilitado que corresponda disponga la realización de un nuevo juicio.

**TERCERO:** Que en subsidio se invoca nuevamente el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal por cuanto se habría infringido la garantía consagrada en el artículo

19 N°3 inciso sexto de la Constitución Política, toda vez que el tribunal oral no respetó el orden legal de las actuaciones que han debido verificarse en la conclusión del juicio. Al efecto expresa que aproximadamente 24 horas antes de recibir los alegatos de clausura, el tribunal deliberó por espacio de 35 minutos, y luego citó a la lectura del veredicto, no obstante que se trató de un proceso que se extendió por tres días con múltiples peritos y en que la decisión condenatoria no fue alcanzada por unanimidad, lo que infringe los artículos 339 y 343 del Código Procesal Penal, 19 y 83 del Código Orgánico de Tribunales, e impidió pronunciarse sobre puntos expuestos por la defensa en la clausura y que constituían piezas fundamentales para desvirtuar las imputaciones.

Con estos argumentos pide la nulidad del juicio y la sentencia para que se determine el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y se ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado para que disponga la realización de un nuevo juicio oral.

**CUARTO:** Que, por último, se funda el recurso en el motivo absoluto de nulidad previsto en el artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal. Asegura el recurrente que la sentencia contiene una fundamentación contradictoria, pues consigna que la víctima fue quemada con un litro de bencina lo que causó su deceso, no obstante las dudas que surgieron en torno a la energía necesaria para la calcinación y si efecti-

vamente el cuerpo se quemó al nivel que muestran las fotografías, o sólo en parte, y los restos fueron comidos por perros.

Tampoco se aclara si los despojos encontrados en días y lugares distintos corresponden a una misma persona y si el único resto humano que se logró establecer científicamente como perteneciente a la occisa -mandíbula, pieza molar y cráneo- fue sometido a la acción del fuego, pues sólo una parte se sometió a pruebas de ADN, lo que resultaba particularmente relevante si algunos testigos y peritos señalan que los restos encontrados fuera de la casa podrían no ser humanos.

Se denuncia omisión de valoración de hechos relevantes como la existencia de un incendio en casa de la occisa el año 2005 iniciado por su ex conviviente, quien no fue investigado a pesar que vive en el mismo sector que la fallecida, se obvió entrevistar al último sujeto que estuvo con ella mientras vivía, no se entrevistó a vecinos de parcelas colindantes presumiendo que nada vieron ni a todos los testigos presenciales que estaban en la casa de la víctima para confirmar o descartar la comisión de un homicidio. Tampoco se investigó como posible móvil para darle muerte los problemas de dinero que mantenía con su hija ni la curiosa explicación del testigo Bernardino Espinoza acerca de su presencia en el lugar. Quedó sin explicación el hecho de que en la casa de la víctima no se usaba bencina ni existe en los restos óseos, en el sitio del suceso o en las ropas o cuerpo de los imputados, es

decir, la lógica y la normalidad de las cosas indica que ellos no manipularon combustible el día de ocurrencia de los hechos, lo que torna relevante que el informe del Servicio Médico Legal no precise la causa de la muerte. No se da por establecido el lugar ni el instrumento con que la golpearon ni que ellos hayan prendido fuego, pues los restos óseos no presentan señales de acelerantes ni el cráneo señas de golpes, hematomas, fracturas, mordeduras, rasguños ni signos de haber sido expuesto al calor.

Fundado en estas alegaciones pide se anule el juicio y la sentencia debiendo determinarse el estado en que ha de quedar el procedimiento y se ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral.

**QUINTO:** Que en la audiencia pública de la vista del recurso la defensa rindió la prueba ofrecida respecto de la causal principal, primera y segunda subsidiaria.

**SEXTO:** Que la primera sección del recurso se centra en la objeción a las diligencias realizadas por funcionarios policiales a partir de las cuales se habría obtenido una confesión de los imputados, cuyos relatos fueron acomodados, vulnerando su derecho a guardar silencio, a la defensa letrada y a la obligación de registro, afectaciones que se originarían en un pseudo traslado voluntario pues ellos no fueron citados a sede policial ni detenidos en flagrancia.

**SÉPTIMO:** Que el artículo 91 del Código Procesal del ramo previene que: *“La Policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto.”*

*Si en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allane a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia.”*

Del texto transcrito es posible advertir que no es lo mismo interrogar que declarar, dado que en aquella actuación el inculcado es objeto de un cuestionamiento, en tanto que en la segunda hipótesis voluntariamente se quiere expresar algo.

La regla general en consecuencia estriba en que el imputado no puede ser interrogado sin su abogado presente, pero sí puede declarar si así lo desea, en cuyo caso no se requiere la presencia del letrado sino que la del fiscal o su autorización para proceder, sin perjuicio de que el profesional puede incorporarse cuando lo desee.

**OCTAVO:** Que lo que garantizan la Constitución y la ley es el derecho a guardar silencio y a tener defensa técnica, de modo que lo que se debe asegurar es la debida comunicación de esas prerrogativas al inculcado.

Nada impide que éste, en conocimiento de esas facultades, renuncie a ellas y consienta en declarar bajo determinadas condiciones que aquí se respetaron, ajustándose las actuaciones a los artículos 19 N°3° inciso final de la Carta Fundamental, 91 y 93 letra g) del Código Procesal Penal.

En efecto, no ha sido desvirtuada la circunstancia de que el trayecto al cuartel policial fue voluntario, sin embargo, durante ese recorrido uno de los acusados narró a un funcionario policial haber dado muerte a la víctima, adoptándose a partir de ese instante las medidas conducentes para que dicho relato se prestara ante el fiscal del Ministerio Público, lo que efectivamente sucedió, previa lectura de sus derechos.

En todo caso, se advierte de los antecedentes que el cuestionamiento acerca del traslado de los imputados no fue reclamado en la audiencia de preparación del juicio oral, cuestión que la prueba rendida por la defensa no ha logrado desvirtuar. Vale decir, la defensa no logró demostrar en estrados que los imputados hayan sido efectivamente conminados de alguna forma para trasladarse a la unidad policial ni que lo que aconteció en ese tiempo no haya sido materia de registro, como ordena la ley respecto de las actuaciones de investigación. Es decir, tal alegación no puede acogerse sin violentar la norma de artículo 377 del Código Procesal Penal.

**NOVENO:** Que tampoco ha logrado desvirtuarse el hecho de que

la declaración de los imputados se prestó previa lectura íntegra de sus derechos al tenor del artículo 93 del Código Procesal Penal, incluida la advertencia de la posibilidad de no declarar contra un pariente, en los términos del artículo 302 del mismo ordenamiento, todo lo que acontece ante la fiscal del Ministerio Público y en la forma que autoriza el artículo 91 del Código Procesal Penal. En particular y en relación a lo que ha sido materia de debate, los imputados fueron especialmente advertidos de su derecho a guardar silencio y a ser asistidos por un abogado defensor, a lo que renunciaron expresamente, sin que los registros de audio ofrecidos para comprobar estas circunstancias pongan en duda la efectiva realización de todas estas gestiones en resguardo de los derechos de los imputados, los que se han mantenido incólumes en el trascurso de dicho procedimiento.

En todo caso, esta Corte ha fallado que el derecho a contar con un abogado desde los actos iniciales del procedimiento no conlleva la nulidad de todas las actuaciones que se verifiquen en su ausencia, pues la misma ley regula los casos precisos que acarreen ese efecto y aquellos otros en que, con la anuencia del imputado, se puede prescindir de él, como en la especie aconteció.

**DÉCIMO:** Que el recurso también denuncia vicios de nulidad originados en una supuesta alteración de los relatos de los imputados por la policía o el fiscal. Sobre esta materia, el artículo 227 del Código Procesal Penal que regula el deber de

registro respecto de las actuaciones del Ministerio Público establece un estándar que debe velar por la fidelidad e integridad de la información respecto de cada actuación que se verifique. En el caso en análisis no hay prueba producida de que esa obligación fuese incumplida o bien que se hubiere plasmado una declaración diversa de la prestada. Por lo demás, como expuso en la audiencia el representante del Ministerio Público y cuyos dichos en esta parte no fueron objetados, las declaraciones recibidas por la policía fueron leídas a los imputados luego de concluidas, de todo lo que quedó debido registro y constancia en las actas correspondientes, de manera que tal precepto se acató a cabalidad.

**UNDÉCIMO:** Que respecto de la inimputabilidad de los acusados y el efecto invalidante perseguido por la defensa con motivo de las actuaciones previas en que intervinieron resulta improcedente, pues la constatación de ese estado ha acarreado como consecuencia que la persecución de responsabilidad por su intervención en un suceso delictivo se sustraiga de la esfera de la punición y se traslade al procedimiento para la imposición de medidas de seguridad.

Como se sostuvo en estrados la inimputabilidad de los acusados sólo surgió meses después, momento a partir del cual se arbitraron todos los resguardos necesarios para proteger sus derechos en la forma que asegura la Constitución y la ley, ajustándose su juzgamiento a las prescripciones del Título VII del Libro IV del Código Procesal Penal.

**DUODÉCIMO:** Que las reflexiones precedentes permiten sostener que no se han producido las infracciones reclamadas en este primer capítulo de nulidad, el que será desestimado.

**DÉCIMO TERCERO:** Que por la primera causal subsidiaria se critica la incorporación y valoración del relato de los policías en juicio acerca de las versiones dadas por los imputados y que ellos presenciaron. Pero esta actuación no es más que un testimonio de oídas que ha servido de fuente de información incriminatoria que no está vedada. Esta Corte ha sostenido que si bien la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a no declarar contra si mismas, en otras palabras, no existe ninguna obligación para el imputado de colaborar en la tarea de esclarecer los hechos, recayendo todo el peso o carga de la prueba en el organismo persecutor, dicha normativa ha sido establecida en favor de la dignidad e integridad psíquica y física de las personas, de quienes no puede obtenerse coactivamente una indagatoria, pero nada obsta a que ella la preste libremente y que sea oída por un funcionario, ya que en este evento el testigo declarará en el litigio sobre aquello de que ha tomado conocimiento por encontrarse presente en el lugar donde se efectuó, sin ejercer coacción alguna sobre el declarante, y no se divisa razón para restar mérito probatorio a lo así conocido, recibido en forma directa por el tribunal que conoce del juicio, por lo que no puede decirse que la intermediación se haya visto afectada.

La tutela respecto de las versiones que ha podido prestar el imputado se concreta a través de la lectura previa de sus derechos, por lo que renunciando al derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, los datos así obtenidos sirven y son válidos para orientar una investigación criminal y fundar posteriormente una decisión de condena, lo que reconoce el artículo 340 inciso final del Código Procesal Penal, pero siempre que las indagaciones y probanzas rendidas aporten otros elementos de corroboración.

En consecuencia, tampoco surge de los antecedentes la infracción denunciada que sirve de soporte a esta causal del recurso, que también será desestimada.

**DÉCIMO CUARTO:** Que en forma subsidiaria se vuelve a denunciar infracción de garantías fundamentales en relación a las reglas del debido proceso. Sin embargo, las alegaciones que proclama la defensa en torno a la alteración del orden de las actuaciones en la conclusión del litigio y con posterioridad a las intervenciones de los abogados de las partes en la clausura del debate, no han sido demostradas, basta la lectura de la sentencia impugnada para constatar que todas las defensas formuladas por el representante de los inculcados fueron abordadas en la decisión.

Si bien del registro de audio ofrecido como prueba aparece que el tribunal comunica que deliberaría antes de los alegatos de clausura, las proposiciones de la defensa recibieron

respuesta en el fallo definitivo, lo que se advierte de la lectura de su fundamento sexto.

**DÉCIMO QUINTO:** Que por último, se ha invocado en subsidio la causal prevista en el artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, por la que se cuestiona la fundamentación de la sentencia en el sentido de que carecería de una exposición acerca de todas las hipótesis presentadas, evidenciaría contradicciones en sus argumentos y revelaría por último que la investigación fue incompleta.

**DÉCIMO SEXTO:** Que el motivo de nulidad invocado en relación con el artículo 342 letra c) del ordenamiento procesal penal supone una infracción al contenido del fallo, cual es “ La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;” lo que se traduce en una exposición cabal y exhaustiva de los hechos y circunstancias que se dieron por acreditados, pero dicho precepto no exige una descripción o detalle minuciosos de los medios de convicción y únicamente encierra una descripción fáctica de todos y cada uno de los hechos, vale decir, la forma como se cometió el ilícito, la hora y el lugar y las demás circunstancias acreditadas en el proceso y una valoración de ellos con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experien-

cia y los conocimientos científicamente afianzados.

Es efectivo que tal motivación legítima la función jurisdiccional y permite conocer no sólo al acusado sino, a todos los intervinientes en el proceso criminal la justicia de la decisión y dará cabida a la interposición de los recursos legales para activar los mecanismos de control en la aplicación del derecho al caso concreto. Todo esto supone exponer razones, hacer interpretaciones y tomas de posición sobre las posturas que sustentan las partes en el juicio, plasmando en la decisión el convencimiento alcanzado y la explicación de la decisión adoptada.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que la sentencia atacada cumple con todas estas exigencias, en ella se exponen latamente todas las reflexiones que condujeron inequívocamente al establecimiento del delito y a la participación que se atribuye a los imputados, motivaciones que se exhiben sobre los medios de prueba ofrecidos, apreciados por los juzgadores en la forma y dentro de los límites señalados en el artículo 297 del Código Procesal Penal.

La supuesta incineración total del cuerpo no fue postulada por el persecutor, sí sostuvo que hubo un desmembramiento de los restos de la ofendida luego de la incineración parcial, lo que es coherente con las conclusiones que alcanza la sentencia.

Al tribunal atañe hacerse cargo de la prueba rendida y extraer conclusiones a partir de ella, pero no puede

reprochase bajo la fórmula de falta de fundamentación la existencia de diligencias investigativas que pudieron haberse realizado. Lo cierto es que las alegaciones en que se funda el recurso dicen relación con cuestionamientos a la ponderación de la prueba, pretendiendo incriminar a terceras personas en los hechos a partir de meras conjeturas. La efectividad de la muerte de la víctima fue comprobada con pruebas de ADN, siendo indiferente que no se hayan periciado todos los restos óseos habidos en el lugar, particularmente si como consigna la sentencia también se encontraron otras pertenencias de la ofendida, reconocidas por testigos, lo que permitió corroborar al tribunal más allá de toda duda el deceso de la víctima.

La convicción favorable o desfavorable al imputado no queda comprendida dentro de las prerrogativas de este tribunal, por cuanto a ella se llega luego de un proceso en el fuero interno de los sentenciadores, quienes han tomado conocimiento directo en el curso del juicio del resultado de la investigación criminal. A este tribunal sólo le resta controlar cómo han llegado a ese convencimiento, labor que en este caso no merece el reproche que se le formula.

Por las razones anotadas la causal absoluta propuesta tampoco puede ser aceptada.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que la demás pruebas rendidas en la audiencia de la vista del recurso en

nada alteran lo concluido, porque no acreditan que algún elemento incriminatorio de que se valió el tribunal se hubiere obtenido con transgresión de alguna garantía constitucional.

Por estas consideraciones y de acuerdo también a lo establecido en los artículos 342, 372, 373 letra a), 374 letra c), 376, 384 y 386 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZA** el recurso de nulidad promovido por el abogado don Patricio Gutiérrez Marinado, en representación de los imputados J. A. M. M. y J. A. M. P., en contra de la sentencia de treinta y uno de julio de dos mil doce, incorporada en copia de fojas 2 a 72 de este cuaderno, la que, por ende, no es nula, como tampoco lo es el juicio oral que le sirvió de antecedente.

Regístrese y devuélvase, con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Künsemüller.

Rol N°6219-12.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Juan Escobar Z. y el abogado integrante Sr. Jorge Lagos G.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a veintinueve de octubre de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



## RECURSO DE QUEJA ACOGIDO. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL RECURSO DE NULIDAD

**Tribunal: Corte Suprema**

### Resumen

*Retrotraer el estado de la causa hasta el cierre de la investigación, como consecuencia de haberse acogido un recurso de nulidad, ampliando con ello los efectos de la decisión a cuestiones no planteadas por los recurrentes, como también a actuaciones privativas del Ministerio Público, como lo es la acusación, excede las potestades que les son conferidas por la ley al tribunal ad quem, al tenor del artículo 360 del Código Procesal Penal.*

### Texto completo

Santiago, tres de diciembre de dos mil doce.

### Vistos:

Que el fiscal adjunto del Ministerio Público de la Región de Aysén, don Luis González Aracena, dedujo recurso de queja contra los integrantes de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, en razón de las graves faltas o abusos en que habrían incurrido al fallar el recurso de nulidad deducido por su parte en la causa Ruc 1100546820-7, Rit 20-2012 del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, pues al acogerlo, dada la existencia del vicio que configuraba la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal respecto de los acusados José Federico Gómez Pinuer y Franco Esteban Delgado Pozas, no sólo se invalidó el juicio y la sentencia sino que se retrotrajo la causa hasta el cierre de la investigación, ordenando su reingreso al Juzgado de Garantía de Coyhaique. En consecuencia, excediendo lo solicitado y su competencia, dados los

términos del artículo 360 del Código Procesal Penal, los recurridos dejaron sin efecto la acusación, la audiencia de preparación de juicio oral y el auto de apertura que consolidaba los aspectos principales del juicio, pues aun cuando el vicio que motivó la nulidad se produjo en el pronunciamiento de la sentencia, no podían invalidar actuaciones anteriores del procedimiento, salvo el juicio y la sentencia, por impedirlo el artículo 386 del Código Procesal Penal, en relación a lo que dispone el artículo 165 del mismo ordenamiento.

Finaliza solicitando que se deje sin efecto aquella parte de lo resolutivo del fallo de nulidad en que se ordena retrotraer la causa hasta el momento del cierre de la investigación, conservándose la que invalida el juicio y la sentencia respecto de los acusados Gómez Pinuer y Delgado Pozas, ordenando la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral.

Que a fojas 82 los recurridos informan que el recurso de queja es inadmisibles, dado lo prescrito en el

artículo 387 del Código Procesal Penal y porque la resolución que falla la nulidad, no reviste la naturaleza de sentencia interlocutoria ni definitiva, toda vez que recae en un recurso que no es de instancia. Sin perjuicio de ello, refieren que la labor de interpretar la ley en torno a las facultades les confiere para decidir respecto del estado en que ha de quedar el procedimiento como consecuencia de la nulidad acogida, tampoco es susceptible de sancionarse por esta vía, y, por último, sostienen no haber excedido su competencia pues lo petitorio del recurso del Ministerio Público instaba por la invalidación del juicio y la sentencia, determinando el estado en que debía quedar la causa ante el tribunal no inhabilitado correspondiente para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral, vale decir, actuaron dentro de la competencia que el recurrente les entregó, procediendo dentro de lo que estimaron justo y jurídicamente procedente.

A fojas 94 se ordenó traer los autos en relación.

### **Considerando:**

**Primero:** Que si bien es efectivo que el artículo 387 del Código Procesal Penal no admite recurso alguno contra la resolución que falla un recurso de nulidad, lo que se extiende también al recurso de queja, lo propuesto no es la revisión de la sentencia de nulidad dictada por la Corte de Apelaciones de Coyhaique, sino los efectos de dicho fallo, pues habría sido extendido a cuestiones no jurisdiccionales, como ocurre con la decisión de anular la acusación formulada

contra los imputados, actuación que es privativa del Ministerio Público.

**Segundo:** Que el artículo 360 del Código Procesal Penal dispone que el tribunal que conociere de un recurso sólo podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole vedado extender los efectos de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado, salvo en los casos previstos en ese mismo precepto y en el artículo 379 inciso segundo, es decir, las actuaciones oficiosas que en estas materias se permite al tribunal que están acotadas a dos casos: por una parte, cuando sólo uno de varios imputados por el mismo delito entabla recurso de nulidad y obtiene una decisión favorable que también beneficia los demás; y cuando se acoge un recurso en favor del imputado por un motivo distinto del invocado, siempre que aquél fuere alguno de los señalados en el artículo 374 del aludido código.

**Tercero:** Que la actuación de los recurridos excede las potestades relacionadas pues, como se ha dicho, a consecuencia de la nulidad acordada se retrotrajo el estado del proceso a la etapa de cierre de la investigación anulando la acusación que es una actuación del Ministerio Público, no jurisdiccional.

**Cuarto:** Que con lo expuesto queda establecido que los jueces recurridos al dictar la sentencia de treinta de julio del año en curso, cuya transcripción se acompaña de fojas 39 a 66 de este cuaderno, incurrieron en falta grave, pues contravinieron el claro tenor del artículo 360 del Código Procesal Penal al exceder los

términos de lo pedido en el recurso y sus facultades, invalidando de forma oficiosa actuaciones carentes de vicio y privativas del Ministerio Público, a cuyo respecto la jurisdicción no ha podido inmiscuirse, todo lo cual conduce a este tribunal a acoger el recurso de queja deducido.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, **se acoge** el recurso de queja de lo principal de fojas 67, interpuesto por el fiscal adjunto del Ministerio Público de la Región de Aysén Sr. Luis González Aracena, en consecuencia, **se deja sin efecto** la sentencia de treinta de julio de dos mil doce, pronunciada en los antecedentes ingreso Corte de Apelaciones de Coyhaique Rol N°46 -2012, Ruc N°1100546820-7, sólo en cuanto por ella se ordena retrotraer la causa al estado del cierre de la investigación y para los efectos previstos en el artículo 248 del Código Procesal Penal, y en su lugar se decide que se mantiene la decisión de anular el juicio y la sentencia respecto de los imputados José Federico Gómez Pinuer y Franco Esteban Delgado Pozas reponiéndose el procedimiento al estado que el tribunal oral no inhabilitado que corresponda proceda a la realización de un nuevo juicio oral.

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

Se previene que el Ministro Sr. Dolmestch concurre a la decisión anterior pero estima que la mención al artículo 387 del Código Procesal Penal es impertinente, por cuanto

si bien dicha norma dispone que no procede recurso alguno en contra de las resoluciones que fallan los recursos de nulidad, es lo cierto que el artículo 63 N°1° letra b) del Código Orgánico de Tribunales les asigna expresamente la calidad de “única instancia”, lo que configura exactamente una de las causales que autorizan el recurso de queja, en los términos prescritos en el inciso primero del artículo 545 del mismo cuerpo legal, de modo que su aplicación se torna preferente por tratarse de una norma especial propia.

Acordada la decisión de no enviar los antecedentes al Pleno con el voto en contra del Ministro Sr. Juica quien estuvo por cumplir con la remisión que ordena imperativamente el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Se deja sin efecto la orden de no innovar concedida a fojas 76.

Comuníquese de inmediato y por la vía más expedita a la Corte de Apelaciones de Coyhaique y al Tribunal Oral en lo Penal de esa ciudad, sin perjuicio, ofíciase.

Regístrese, devuélvase los antecedentes tenidos a la vista y archívese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito y la prevención y voto en contra, sus autores.

Rol N°6029-12.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Juan Escobar Z. y el abogado integrante Sr. Jorge Lagos G.



## RECURSO DE NULIDAD ACOGIDO DE OFICIO. OPORTUNIDAD DEL IMPUTADO PARA DECLARAR EN EL JUICIO ORAL. FUNDAMENTACIÓN CONTRADICTORIA DE UNA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

**Tribunal: Corte Suprema**

### Resumen

*Si bien es cierto los artículos 8, 93 letra d), 326, 330 y 338 del Código Procesal Penal reconocen el derecho del imputado a prestar declaración, lo cierto es que el proceso como serie de actos encadenados y destinados a un objeto preciso, tiene un orden preestablecido que es conocido por los intervinientes y en cuyo decurso se han fijado los momentos en que cada una de las partes puede actuar y ejercer todos y cada uno de sus derechos, sin que sea posible que esos derechos sean renovados una y otra vez en forma ilimitada o que sean ejercidos a discreción por los intervinientes, porque de contrario, el proceso no vería nunca su fin.*

*El imputado fue advertido del momento en que podía ser escuchado y que era ese y no otro, puesto que si deseaba ser escuchado como medio de defensa, la prueba se rinde en el proceso y de acuerdo a los principios que le rigen y le son propios, entre los que se cuenta el de bilateralidad de la audiencia y de contradicción de modo que la versión de todos los intervinientes debe ser conocida desde el inicio a objeto que pueda ser objeto de discusión por los demás.*

*En el momento que el acusado quiso hacer uso de la palabra, ya había precluido el derecho que tenía para hacerlo con el objetivo que lo quería, advertido de ello y por lo tanto, con conocimiento de su proceder.*

*El artículo 326 del Código Procesal Penal establece una facultad, porque el inculpaado tiene derecho a guardar silencio si lo desea, en tanto que la mención del inciso final de ese artículo es a las necesarias aclaraciones –que podría solicitar en cualquier estado del juicio–, pero sólo es procedente cuando el derecho se ejerció oportunamente.*

*La circunstancia agravante de pluralidad de malhechores, ha sido fundada en dos circunstancias contradictorias, lo que lleva a invalidar de oficio la sentencia y el posterior juicio oral.*

### Texto Completo

Santiago, once de diciembre de dos mil doce.

### Vistos:

El Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, por sentencia de 25 de sep-

tiembre de 2012, condenó a R. T. K. R. como autor del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación cometido el 9 de abril de 2011, a la pena de 7 años y 6 meses de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, además de

inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, con costas.

Contra la mencionada sentencia, la Defensoría Penal Pública dedujo recurso de nulidad, el que se admitió a tramitación por resolución de fs. 41, fijándose audiencia para su conocimiento a fs. 42, la que se cumplió el día 22 de noviembre del año en curso, a la que concurren el abogado Sr. Humberto Sánchez Pacheco, por el recurso y el Sr. Hernán Ferrera Leiva, en su contra y en representación del Ministerio Público.

### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que por el recurso deducido se ha esgrimido la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, denunciándose infracción al debido proceso en relación al derecho a ser oído y a ejercer la defensa personal. Aduce el recurrente que las normas vulneradas, corresponden a los artículos 5 inciso 2° y 19 N°3 inciso 5° y 7 letra b) de la Constitución Política; 8.2 N°1 y 2 letra d) de la Convención Americana de DDHH; 14.1 y 14.3 letra g) del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos; y artículos 8, 93 d), 98, 326, 330 y 338 del Código Procesal Penal.

Explica que después de los alegatos de apertura, el juez presidente preguntó al acusado si deseaba prestar declaración a lo que este dijo que “por ahora no” y que luego de terminada la rendición de la prueba por el Ministerio Público y antes de los alegatos de clausura de la defensa, el impu-

tado manifestó su deseo de declarar como medio de defensa contra la acusación formulada, petición ante la cual el tribunal abrió debate. El fiscal se opuso y el tribunal rechazó la petición porque declaró que el único momento en que el acusado podía prestar declaración como medio de defensa, era al inicio del juicio, con lo cual se le impidió ejercer su derecho, violándose los artículos 8, 93 letra d), 98, 326 y 330 del Código Procesal Penal. De esas normas se desprende que el acusado puede declarar “durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas” como medio de defensa de la imputación que se le dirige. Asimismo, el derecho a una última palabra que le franquea el artículo 338 inciso 3° del código, “no conforma una declaración en sentido técnico estricto, precisamente porque no está sujeta a formalidad alguna, ni la posibilidad de contradicción o examen, ni configura un adecuado medio de defensa, sino y es por ello, que no puede ser valorada como medio de prueba.”

Sostiene que el perjuicio fue trascendente porque se afectó el núcleo de su derecho y concluye pidiendo que se declare la nulidad del fallo y del juicio y que se realice un nuevo juicio donde se le permita ejercer sus derechos.

**SEGUNDO:** Que en la audiencia fijada para el conocimiento del recurso, la defensa rindió la prueba que había ofrecido oportunamente y que le había sido aceptada, en relación a la preparación de la causal esgrimida y a sus circunstancias.

Tal consistió en la pista N°6 de la que se escuchó entre el minuto 00:50 y el 01:20; y luego, de la pista N°10, se escucharon las secciones que van entre los minutos 33:55 a 38:59; 39:40 a 43:58; 44:02 a 44:56 y del 45:20 al 46:27.

De la pista N°6, que corresponde a los derechos del detenido, se escuchó que se preguntó al acusado si deseaba prestar declaración y éste dijo que sí, por lo que fue invitado por el Juez Presidente a pasar al estrado, a lo que contestó que, por ahora no, tal como señaló la defensa en el recurso de nulidad. Ante ello, consta del audio reproducido que el Juez le manifestó lo siguiente: *“Esta es la oportunidad que el tribunal establece para que preste declaración, cualquier otra oportunidad ya estaría pasado la oportunidad procesal para hacerlo. Si desea hacerlo ahora, lo puede hacer, si no, entiende el tribunal que se acoge al derecho a guardar silencio”*. A lo que contestó: *“No, por ahora, no”*.

Finalmente, según se apreció de lo escuchado de la pista N°10, terminada la prueba del Ministerio Público y verificado que la Defensa no había ofrecido prueba, fue entonces cuando la defensa dijo al Juez Presidente que el acusado deseaba ahora, prestar declaración, ante lo que el tribunal contestó que sin perjuicio que ello ya había sido resuelto, podía hacer las alegaciones del caso.

**TERCERO:** Que, como se advierte, la discusión ha quedado reducida a la sola circunstancia de haberse restringido o no el derecho del acusado a ser oído en la forma que se lo garan-

tiza la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes y las demás disposiciones legales.

**CUARTO:** Que como ya se dejó asentado, del audio reproducido en la audiencia de conocimiento del recurso, luego de los alegatos de apertura se preguntó al imputado si deseaba hacer uso de su derecho a declarar o si por el contrario, deseaba guardar silencio, a lo que este manifestó que deseaba prestar declaración, pero no por ahora. El juez que presidía la audiencia le insistió en que ese era el momento para hacerlo, evidenciándole que en después habría pasado la oportunidad de hacerlo y que el tribunal entendería que ejercía su derecho a guardar silencio, a lo que el acusado contestó afirmativamente y optó por no declarar, encontrándose además, asistido por su abogado, quien en ese momento tampoco reclamó que ello no fuera como se informó al imputado por el tribunal.

Es cierto, como manifiesta el recurrente, que al término del probatorio el acusado pretendió declarar, momento en que no se le permitió hacerlo, lo que sí se le franqueó luego, en la oportunidad que regula el artículo 338 inciso final del Código Procesal, lo que consta del motivo quinto de la sentencia, donde se dejó constancia que dijo ser inocente, que no usó fuerza, que andaba solo y que ingresó al patio donde recogió las especies porque vio la puerta abierta y los bultos en ese lugar y que al darse media vuelta, estaba ahí el carabiniero que declaró.

Lo cierto entonces es que el imputado sí fue escuchado en el juicio oral, pero no declaró en el exacto momento en que quiso hacerlo sino que en un momento diverso, lo que en opinión de la defensa constituye una infracción de sus garantías y derechos.

**QUINTO:** Que es preciso repetir que el acusado fue claramente advertido por el juez que dirigió la audiencia que había un momento para que él expresara lo que fuera conveniente a sus derechos y que así informado, asistido además, por su abogado defensor, no hizo uso de su derecho a declarar como medio de defensa.

Si bien es cierto los artículos 8, 93 letra d), 326, 330 y 338 del Código Procesal Penal reconocen el derecho del imputado a prestar declaración, lo cierto es que el proceso como serie de actos encadenados y destinados a un objeto preciso, tiene un orden preestablecido que es conocido por los intervinientes y en cuyo decurso se han fijado los momentos en que cada una de las partes puede actuar y ejercer todos y cada uno de sus derechos, sin que sea posible que esos derechos sean renovados una y otra vez en forma ilimitada o que sean ejercidos a discreción por los intervinientes, porque de contrario, el proceso no vería nunca su fin.

En el caso concreto, se reitera, el imputado fue advertido del momento en que podía ser escuchado y que era ese y no otro, puesto que si deseaba ser escuchado como medio de defensa, la prueba se rinde en el proceso y de acuerdo a los prin-

cipios que le rigen y le son propios, entre los que se cuenta el de bilateralidad de la audiencia y de contradicción de modo que la versión de todos los intervinientes debe ser conocida desde el inicio a objeto pueda ser objeto de discusión por los demás.

En el momento que el acusado quiso hacer uso de la palabra, ya había precluido el derecho que tenía para hacerlo con el objetivo que lo quería, advertido de ello y por lo tanto, con conocimiento de su proceder. En este sentido, es necesario dejar señalado que ciertamente el artículo 326 establece una facultad, porque el inculcado tiene derecho a guardar silencio si lo desea, en tanto que la mención del inciso final de ese artículo es a las necesarias aclaraciones –que podría solicitar en cualquier estado del juicio–, pero cuando el derecho se ejerció oportunamente, que no fue lo verificado en la especie.

**SEXTO:** Que, en consecuencia, no se ha cometido en el caso concreto, violación del derecho a ser oído que amparaba al acusado, por lo que este recurso no puede prosperar.

**SÉPTIMO:** Que, sin embargo, de la lectura del razonamiento décimo quinto del fallo impugnado por la defensa, aparece que los jueces del Tribunal de Juicio Oral hicieron concurrir en perjuicio del imputado, la causal agravante de su responsabilidad penal, contenida en el artículo 456 bis N°3 del Código Penal, esto es, ser dos o más los malhechores, lo que asilaron en dos circunstancias diferentes. Por un lado, adujeron que como había quedado asentado en ese mismo fallo, se había establecido

que el acusado desplegó su actividad delictiva en forma conjunta con otros sujetos. Pero luego adicionaron que los funcionarios llegaron en un tiempo muy próximo sorprendiendo al acusado cuando salía con algunas de las especies.

Como se advierte, ambas razones son del todo contradictorias, puesto que la llegada en tiempo próximo a la denuncia de los funcionarios policiales, no se compadece con el hecho de encontrarse sólo al autor del hecho, sino que resultaba idónea con el encuentro con dos o más, esto es, con todos aquéllos que habrían estado participando en el ilícito de que se trata. Por el contrario, la demora en la llegada de la autoridad, habría explicado que no se encontrara en el lugar del hecho a los demás sujetos que supuestamente habrían tenido participación en el delito.

De lo explicado se sigue como necesaria consecuencia que se ha incurrido por los jueces del tribunal oral, en una infracción a las exigencias que el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, les impone en la redacción de la sentencia, en relación al artículo 297 del mismo cuerpo normativo, puesto que se establece un razonamiento, pero con infracción de una máxima de experiencia, lo que conlleva la supresión de argumentos que en sí mismos terminan por ser contradictorios, a resultas de lo cual, queda despojada la imposición de una circunstancia agravante de su necesario fundamento.

**OCTAVO:** Que la anotada omisión configura la causal de invalidación del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, que permite a esta Corte proceder de oficio en la forma descrita en el artículo 379 inciso segundo del mismo cuerpo legal señalado, por lo que se anulará tanto la sentencia como el juicio oral que le antecedió, disponiéndose la realización de un nuevo juicio por tribunal no inhabilitado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 359, 360, 373, 374 y 379 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido a fs. 18 por la defensa de R. K. R. contra la sentencia de veinticinco de septiembre de dos mil doce y el juicio oral que le antecedió en el proceso RUC 1100355370-3, RIT 253-2012, los que sin embargo, **se invalidan por actuación de oficio** de esta Corte, restableciéndose el proceso al estado de realizarse un nuevo juicio oral por tribunal no inhabilitado.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Juan Escobar Zepeda.

Rol N°7579-12

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. Hugo Dolmestch U., Sra. Rosa María Maggi D., Sr. Juan Escobar Z. y los abogados integrantes Sres. Jorge Baraona G. y Jorge Lagos G. No firma el abogado integrante Sr. Baraona, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.



## RECURSO DE QUEJA ACOGIDO. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

### Tribunal: Corte Suprema

#### Resumen:

*El artículo 360 del Código Procesal Penal dispone que el tribunal que conoce de un recurso sólo podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole vedado extender los efectos de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado, salvo en los casos previstos en ese mismo precepto y en el artículo 379 inciso segundo de ese cuerpo legal.*

*Por su parte, el artículo 385 del Código Procesal Penal permite a la Corte invalidar sólo la sentencia y dictar sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, si la causal de nulidad no se refiriere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente correspondiere.*

*La actuación de los Ministros recurridos excede las potestades señaladas, pues a consecuencia de la nulidad acordada por la concurrencia de un motivo absoluto de invalidación, la decisión no se ajustó a los términos pedidos por la recurrente ni a las prescripciones de los artículos 374 y 386 del Código Procesal Penal, que sólo hacían procedente en el evento constatado la nulidad del juicio y la sentencia, para efectos de realizarse uno nuevo ante el tribunal oral no inhabilitado correspondiente, sin embargo, extendiendo los términos del artículo 385 del referido código a una hipótesis no contemplada en él y apartándose de lo pedido por el impugnante, dictaron un improcedente fallo de reemplazo sobre la base de hechos diversos de los asentados en la sentencia impugnada como consecuencia de una valoración diversa de la prueba rendida.*

#### Texto Completo:

Santiago, veintisiete de diciembre de dos mil doce.

#### Vistos:

Que el Fiscal Regional del Ministerio Público de la Región de Valparaíso, don Pablo Gómez Niada, dedujo recurso de queja contra integrantes de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en razón de las graves

faltas y abusos en que habrían incurrido al fallar el recurso de nulidad deducido por la defensa del imputado John Ignacio Robles Rodríguez, en la causa rit N°31-2012, ruc N°1000895272-3, del Tribunal Oral en lo Penal de San Felipe, pues al acogerlo, tras considerar que existía el vicio que configuraba la causal principal deducida, del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, invalidaron sólo la sentencia y, acto

seguido, dictaron sentencia de reemplazo absolutoria.

Explica el quejoso que el fallo de los recurridos acogió la causal principal, pues erróneamente consideró que el tribunal oral había infringido el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal al no hacerse cargo de un antecedente favorable al acusado que decía relación con el conocimiento de la edad de la ofendida, lo que configuraba infracción al artículo 297 del citado código. Sin embargo, luego de adoptar esa decisión, apartándose de la petición del recurrente de invalidar el juicio y la sentencia para efectos de proceder a la realización de un nuevo juicio oral, omitieron pronunciarse respecto de la causal subsidiaria del artículo 373 letra b), y sostuvieron que se reunían las condiciones del artículo 385 del Código Procesal Penal para dictar sentencia de reemplazo, por la que absolvieron al acusado, toda vez que consideraron plausible el error del enjuiciado acerca de la edad de la víctima al momento de los hechos.

En consecuencia, excedieron lo solicitado y su competencia, dados los términos del artículo 360 del Código Procesal Penal, infringieron lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal, pues la causal de nulidad acogida se vinculó con supuestos defectos de fundamentación en torno a los hechos que se tuvieron por probados y la valoración de las pruebas que les sirvieron de sustento, hipótesis que impide proceder del modo que los recurridos lo hicieron y, alterando los hechos privativamente establecidos por el tribunal

oral, en contravención al principio de inmediación, establecieron una realidad diversa de la que consignaba la sentencia del tribunal oral, para fundar la decisión de absolución.

Finaliza solicitando que se dejen sin efecto las resoluciones que motivan la queja y la vista del recurso de nulidad, ordenando reponer la causa al estado de que una sala no inhabilitada conozca conforme a derecho del recurso deducido por la defensa.

Que a fojas 97 los recurridos informan que acogieron el recurso de nulidad por la causal del artículo 374 letra e), en relación al artículo 342 letra c), del Código Procesal Penal, como consecuencia de la falta de mención de un testimonio de capital importancia a la investigación que tenía incidencia decisiva en el error de tipo que existió, lo cual significó que el fallo adoleciera de una exposición clara lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 385 del mismo ordenamiento procedieron a dictar el fallo de reemplazo absolutorio porque el imputado habría incurrido en un error excluyente del dolo, cual es, la edad de la víctima, elemento esencial objetivo del tipo de violación impropia del 362 del Código Penal.

Estiman que no vulneraron el artículo 360 del Código Procesal Penal pues al acoger la causal de nulidad del artículo 374 letra e), se daban los supuestos que establece el artículo 385 para dictar fallo de reemplazo, específicamente consi-

deraron que se trataba del caso en que se aplicó una sanción cuando no deba imponerse pena alguna, dada la existencia del error de tipo constatado. Al haberse acogido un motivo absoluto de nulidad omitieron pronunciarse de la subsidiaria, todo lo cual importa competencia suficiente de la Corte.

Por último consideran que no alteraron los hechos, pues no cabe duda que las relaciones sexuales con el imputado se produjeron cuando la menor ofendida tenía menos de 14 años, sin embargo lo que se discute es el conocimiento que el imputado tenía de esa edad, pues era plausible que el imputado estimara que la víctima tenía más edad, dado el relato de la testigo que el tribunal oral obvió en su fallo, lo que se encontraba refrendado con otras circunstancias que consignaba la sentencia. Por ello estiman que el error mencionado no alteraba los hechos pues lo discutido decía relación con los elementos del tipo y con el conocimiento parcial del imputado de tales elementos, lo que no quebranta el principio de la inmediación o la norma que consagra el 284 del Código Procesal Penal, por cuanto el tribunal ha resuelto tomando en cuenta las pruebas aportadas al juicio, incluso por el propio Ministerio Público.

A fojas 105 se ordenó traer los autos en relación.

### **Considerando:**

**Primero:** Que como ha sostenido esta Corte en reiterados pronunciamientos, es efectivo que el

artículo 387 del Código Procesal Penal no admite recurso alguno contra la resolución que falla uno de nulidad, lo que se extiende también al recurso de queja, de modo que significa que la cuestión planteada en este caso no puede extenderse a la revisión de la sentencia de nulidad dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, pero sí a los efectos de dicho fallo, pues habría sido extendido a cuestiones no planteadas y excediendo los términos legales para proceder del modo que se constata.

**Segundo:** Que el artículo 360 del Código Procesal Penal dispone que el tribunal que conociere de un recurso sólo podrá pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole vedado extender los efectos de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado, salvo en los casos previstos en ese mismo precepto y en el artículo 379 inciso segundo de ese Código, cuestión que difiere de lo que es materia de esta causa.

Por su parte, el artículo 385 del Código Procesal Penal permite a la Corte invalidar sólo la sentencia y dictar sin nueva audiencia pero separadamente la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley, si la causal de nulidad no se refriere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considere tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que

legalmente correspondiere, caso en el cual la sentencia de reemplazo reproducirá las consideraciones de hecho, los fundamentos de derecho y las decisiones de la resolución anulada, que no se refieran a los puntos que hubieren sido objeto del recurso o que fueren incompatibles con la resolución recaída en él, tal como se hubieren dado por establecidos en el fallo recurrido.

**Tercero:** Que según consta de los antecedentes de este cuaderno y los remitidos por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, correspondientes al ingreso N°1135-2012 de ese tribunal, es posible advertir que el Tribunal Oral en lo Penal de San Felipe condenó al imputado John Ignacio Robles Rodríguez como autor del delito de violación reiterada de una persona menor de catorce años, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, para lo cual el tribunal fijó como hecho de la causa que el acusado estaba en conocimiento de la minoría de edad de la ofendida.

**Cuarto:** Que contra la anterior decisión la defensa dedujo recurso de nulidad fundado de manera principal en el artículo 374 letra e) en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal y, en subsidio, sustentado en el artículo 373 letra b) del mismo cuerpo normativo, solicitando, en lo petitorio, por cualquiera de sus causales, “se declare la nulidad del juicio y la sentencia, señalando el estado en que debe quedar el proceso, y ordenando la realización de un nuevo juicio oral ante un tribunal no inhabilitado”.

**Quinto:** Que los recurridos, al resolver la nulidad deducida, estimaron que se configuraba la causal principal deducida, por cuanto se omitió “la valoración de un medio de prueba crucial en la decisión del juicio”, omitiendo pronunciamiento acerca de la causal subsidiaria, por ser innecesario e incompatible con el fallo de reemplazo que acordaron pronunciar, de conformidad a lo establecido en el artículo 385 del Código procesal Penal.

**Sexto:** Que como puede advertirse, la actuación de los recurridos excede las potestades relacionadas en el motivo segundo precedente, pues a consecuencia de la nulidad acordada por la concurrencia de un motivo absoluto de invalidación, la decisión no se ajustó a los términos pedidos por la recurrente ni a las prescripciones de los artículos 374 y 386 del Código Procesal Penal, que sólo hacían procedente en el evento constatado la nulidad del juicio y la sentencia, para efectos de realizarse uno nuevo ante el tribunal oral no inhabilitado correspondiente, sin embargo, extendiendo los términos del artículo 385 del referido código a una hipótesis no contemplada en él y apartándose de lo pedido por el impugnante, dictaron un improcedente fallo de reemplazo sobre la base de hechos diversos de los asentados en la sentencia impugnada como consecuencia de una valoración diversa de la prueba rendida.

**Séptimo:** Que con lo expuesto queda establecido que los jueces recurridos, al dictar la sentencia de reemplazo de ocho de octubre del año en curso,

cuya transcripción se acompaña de fojas 22 a 25 de este cuaderno, incurrieron en falta grave, pues contraviniere el claro tenor de los artículos 360, 374 inciso primero, 385 y 386 del Código Procesal Penal, al exceder los términos de lo pedido en el recurso y sus facultades, limitando al mismo tiempo, en contravención a la ley, el alcance de la nulidad declarada sólo a la sentencia, en circunstancias que para casos como el de la especie, debió extenderse la invalidación al juicio oral, todo lo cual conduce a este tribunal a acoger el recurso de queja deducido en los términos que se dirá en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, **se acoge** el recurso de queja de lo principal de fojas 80, interpuesto por el Fiscal Regional del Ministerio Público de la Región de Valparaíso Sr. Pablo Gómez Niada, sólo en cuanto **se deja sin efecto** la sentencia de reemplazo de ocho de octubre de dos mil doce pronunciada en los antecedentes ingreso Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N°1135 - 2012, y **en su lugar se decide** que son nulos la sentencia recaída en los autos ruc N°1000895272-3, rit N°31-2012, del Tribunal Oral en lo Penal de San Felipe como asimismo el juicio que le precedió, reponiéndose el procedimiento al estado que el tribunal oral no inhabilitado que corresponda proceda a la realización de un nuevo juicio oral.

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

Se previene que el Ministro Sr. Dolmestch concurre a la decisión anterior pero estima que la mención al artículo 387 del Código Procesal Penal, en los términos señalados en el motivo 1° de este fallo, es impertinente, por cuanto si bien dicha norma dispone que no procede recurso alguno en contra de las resoluciones que fallan los recursos de nulidad, es lo cierto que el artículo 63 N°1° letra b) del Código Orgánico de Tribunales les asigna expresamente la calidad de “única instancia”, lo que configura exactamente una de las causales que autorizan el recurso de queja, en los términos prescritos en el inciso primero del artículo 545 del mismo cuerpo legal, de modo que su aplicación se torna preferente por tratarse de una norma especial propia.

Acordada la decisión de no enviar los antecedentes al Pleno con el voto en contra del Ministro Sr. Juica quien estuvo por cumplir con la remisión que ordena imperativamente el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Comuníquese de inmediato y por la vía más expedita a la Corte de Apelaciones de Valparaíso y al Tribunal Oral en lo Penal de San Felipe, sin perjuicio, ofíciase.

Regístrese, devuélvase los antecedentes tenidos a la vista y archívese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Dolmestch.

Rol N°7677-12.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch

U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

## REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DECLARADO INADMISIBLE EN VIRTUD DE DECISIONES PREVIAS EN EL MISMO SENTIDO

**Tribunal: Tribunal Constitucional**

### Resumen

*De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 84 N°2 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, procede declarar la inadmisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad deducido respecto del artículo 387 inciso 2° del Código Procesal Penal, atendido que existen pronunciamientos previos y que concurren además, los tres requisitos copulativos, que son a saber: a) que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado expresamente conforme a la Constitución, b) que el pronunciamiento previo en cuestión haya sido emitido en un control preventivo o conociendo de un requerimiento, y c) que se invoque el mismo vicio que fue materia de la respectiva sentencia previa.*

*Para que concurra la referida causal de inadmisibilidad, se requiere que en los requerimientos precedentes se haya solicitado la inaplicabilidad del mismo precepto legal, se haya invocado como infringidas las mismas disposiciones constitucionales, que la infracción constitucional denunciada sea la misma y que el Tribunal haya desechado ese cuestionamiento declarando que el precepto legal impugnado se ajusta a la Constitución Política de la República.*

*Cada uno de los procesos en que se ha planteado un requerimiento de inaplicabilidad es distinto, pero lo fundamental es determinar si esas diferencias son sustanciales o accidentales a fin de precisar si existe o no el mismo vicio de constitucionalidad, siendo el único evento en el cual podrían ser idénticas las circunstancias de hecho, si se volviese a plantear la inaplicabilidad del mismo precepto legal en la misma gestión, caso expresamente prohibido por el artículo 90 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.*

### Texto completo

Santiago, veintitrés de noviembre de dos mil doce.

Proveyendo a lo principal y al tercer otrosí de fojas 275, téngase presente; al primer otrosí, téngase por evacuado el traslado conferido, y al segundo otrosí, téngase presente y por acompañado el documento, bajo apercibimiento legal.

Proveyendo a lo principal y al segundo y tercer otrosíes de fojas

281, téngase presente, y al primer otrosí, téngase por evacuado el traslado conferido.

A fojas 286, téngase presente.

A fojas 288, estése al mérito de lo que se resolverá.

### VISTOS Y CONSIDERANDO:

1°. Que, por resolución de 30 de octubre de 2012, esta Sala admitió a tramitación el requerimiento de

inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido en estos autos por José Gabriel Figueroa Leiva respecto del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en la causa caratulada *“Lilian Maytee Luque Quezada con José Gabriel Figueroa Leiva”*, que se encuentra actualmente pendiente ante la Corte Suprema bajo el Rol N°7695-2012.

En la misma resolución citada, para pronunciarse acerca de la admisibilidad del requerimiento, se confirió traslado por el plazo de diez días al Ministerio Público y a la querellante, traslados que fueron evacuados dentro de plazo;

2°. Que al artículo 93, inciso primero, N°6°, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”*

El inciso undécimo del mismo precepto de la Carta Fundamental dispone que *“en el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto, que la impugnación esté fundada razonable-*

*mente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”*;

3°. Que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, que en su artículo 84 establece:

*“Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:*

*1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;*

*2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;*

*3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;*

*4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;*

*5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y*

*6° Cuando carezca de fundamento plausible.*

*Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.*

*La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.”;*

4° Que el Ministerio Público ha solicitado se declare la inadmisibilidad del requerimiento deducido en estos autos, por concurrir la causal contenida en el N°2° del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, esto es, porque “*conociendo este Excmo. Tribunal de cuatro requerimientos enderezados contra la misma disposición legal que ahora se objeta, y respecto de los mismos supuestos vicios, dicha regla fue declarada conforme a la Constitución Política de la República, lo cual obsta a la admisibilidad de este requerimiento*” (fojas 277).

Al efecto, el Ministerio Público cita los precedentes de esta Magistratura contenidos en las sentencias Roles N°s 986, 821, 1130 y 1501;

5° Que, por su parte, el requirente se hace cargo de lo expuesto por el Ministerio Público, señalando que los cuatro casos aludidos son “*completamente distintos al que analizamos*”, por lo que solicita “*se declare la admisibilidad, ya que no existen precedentes idénticos al presente caso y todos los demás casos corresponden a situaciones distintas para argumentar que*

*la norma del art. 387 del C. Procesal Penal es derechamente constitucional*” (fojas 286 y 287);

6° Que, entonces, esta Sala debe hacerse cargo de la procedencia o no en el presente caso de la causal de inadmisibilidad contenida en el artículo 84, N°2° de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura.

En efecto, esta disposición ordena la inadmisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad “*cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva*”. Este precepto debe, además, concordarse con lo dispuesto en el artículo 90 de la misma ley orgánica constitucional, que establece: “*Resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido.*”

Al respecto, este Tribunal Constitucional ha manifestado que “*únicamente procede declarar la inadmisibilidad de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en razón de un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional, concurriendo tres requisitos copulativos: a) que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado expresamente conforme a la Constitución, b) que el pronunciamiento previo en cuestión haya sido emitido en un control preventivo o conociendo de un requere-*

*rimiento, y c) que se invoque el mismo vicio que fue materia de la respectiva sentencia previa;*" (STC Rol N°1710, C° 164°).

También ha declarado que "*el vicio cuya existencia se exige consiste en una contradicción entre precepto legal que fue declarado inaplicable y la Constitución...*" (STC Rol N°1710, C° 177°);

7° Que, conforme a lo expuesto, para que concurra la causal de inadmisibilidad del citado artículo 84, N°2°, en razón de pronunciamientos anteriores del Tribunal, conociendo de requerimientos de inaplicabilidad, se requiere que en los fallos precedentes se haya solicitado la inaplicabilidad del mismo precepto legal, se hayan invocado como infringidas las mismas disposiciones constitucionales, que la infracción constitucional denunciada sea la misma y que el Tribunal haya desechado ese cuestionamiento declarando que el precepto legal impugnado se ajusta a la Constitución.

Luego, teniendo presente que los precedentes invocados para que concurra la causal del artículo 84 N°2 fueron pronunciados teniendo en consideración los efectos que la aplicación del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal tendría en cada uno de los casos en que fue cuestionada su constitucionalidad, no se puede omitir el análisis de las circunstancias fácticas de cada caso concreto, para efectos de la concurrencia de la causal de inadmisibilidad en comento, pues la concurrencia del mismo vicio presupone un examen de los efectos de la norma en

los casos que fueron fallados por esta Magistratura y en la actual gestión pendiente en que incide este recurso.

Es evidente que cada uno de los procesos en que se ha planteado un requerimiento de inaplicabilidad es distinto, pero lo fundamental es determinar si esas diferencias son sustanciales o accidentales a fin de precisar si existe o no el mismo vicio de constitucionalidad. En efecto, el único evento en que podrían ser idénticas las circunstancias de hecho ocurriría si se volviera a plantear una inaplicabilidad del mismo precepto legal en la misma gestión, caso expresamente prohibido por el artículo 90 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, arriba transcrito;

8° Que, conforme a lo expuesto, corresponde ahora analizar los precedentes citados por el Ministerio Público.

Así, en primer lugar, debe señalarse que en las cuatro sentencias aludidas, roles N°s 986, 821, 1130 y 1501, se solicitó a este Tribunal la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mismo artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal.

En segundo lugar hay que consignar que en el presente requerimiento de inaplicabilidad, el requirente estima que la aplicación del precepto impugnado podría infringir los artículos 1; 4; 5; 7; 19, N°s 2°, 3°, inciso segundo, cuarto, quinto y sexto, y 76 de la Carta Fundamental, y el artículo 8, N°2, letra h), de la Convención Americana de Dere-

chos Humanos, en circunstancias que, en su conjunto, los requerimientos roles N°s 986, 821, 1130 y 1501, se hicieron cargo de las alegaciones de inconstitucionalidad por todas dichas normas de la Constitución y del tratado internacional mencionado, siendo análogos los ratiocinios en que se argumentó la inaplicabilidad, es decir, la forma en que la aplicación del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal en cada caso particular, produciría efectos contrarios a la Constitución.

En tercer lugar, debe mencionarse que las cuatro acciones de inaplicabilidad deducidas en las causas roles N°s 986, 821, 1130 y 1501, fueron rechazadas por este Tribunal Constitucional, mediante sentencias de 30 de enero de 2008, 1° de abril de 2008, 7 de octubre de 2008 y 31 de agosto de 2010, respectivamente.

**9°** Que en varios de esos casos el asunto en cuestión es la imposibilidad legal de recurrir frente a lo resuelto en un proceso penal incoado luego de haber sido anulado uno anterior por parte de la Corte de Apelaciones respectiva o de la Corte Suprema, siendo a lo menos en dos de los casos aludidos, condenatorias ambas sentencias, por considerar que ello lesionaría gravemente los derechos, principios y reglas contenidos en las normas constitucionales que se alegan como vulneradas. Tal circunstancia es esencialmente similar en todos esos procesos y en el presente caso, como se puede desprender fácilmente de “*la exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoyan y de cómo ellos producen como*

*resultado la infracción de constitucionalidad*” (artículo 80 de la Ley Orgánica Constitucional). La hipótesis del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal cuestionada, prescinde de la naturaleza del delito y de sus circunstancias al excluir la procedencia de recurso contra la sentencia que se dictare en el nuevo juicio luego de acogido un recurso de nulidad;

**10°** Que en ningún caso cabe estimar que la aplicación de la causal de inadmisibilidad contemplada en el artículo 84, N°2, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional pueda interpretarse en el sentido de conferir a la institución de la inaplicabilidad efectos *erga omnes*, visto que sólo se limita a validar el precedente constitucional, lo que deberá ser en cada caso ponderado por una de las Salas de esta Magistratura;

**11°** Que, conforme a lo expuesto en los motivos precedentes, esta Sala ha llegado a la convicción de que en la especie concurre la causal de inadmisibilidad contenida en el N°2° del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de esta Magistratura, toda vez que el precepto impugnado es el mismo, así como las normas constitucionales que se estiman contravenidas, existiendo además en todos los casos una argumentación análoga para fundamentar el vicio invocado, por lo que se declarará la inadmisibilidad del presente requerimiento.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo establecido en el artículo 93, inciso

primero, N°6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política y en el N°2° del artículo 84 de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

**Que se declara inadmisibile el requerimiento** interpuesto en lo principal de fojas uno.

Téngase por no presentado para todos los efectos legales.

Notifíquese por carta certificada.

Comuníquese a la Corte Suprema.

Archívese

**Rol N°2336-12-INA.**

Pronunciada por la Segunda Sala del Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta Subrogante, Ministra señora Marisol Peña Torres, y por los Ministros señores Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino.

Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.

## REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD ACOGIDO. ARTÍCULO 111 INCISO 1° DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

**Tribunal:** Tribunal Constitucional

### Resumen:

*El artículo 111 del Código Procesal Penal dispone que la querrela podrá ser interpuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario, y no contempla a los parientes más próximos que sean herederos abintestato.*

*Tal distinción efectuada por el legislador carece de razonabilidad y no se encuentra vinculada a algún fin lícito que la justifique, constituyéndose en una diferencia arbitraria que contraría el principio de igualdad ante la ley y que restringe severamente el ejercicio de la acción penal a quien naturalmente le es atribuible, más aun considerando que la condición de querellante no es intrascendente para el pleno ejercicio de la acción criminal, ya que no sólo colabora con la investigación mediante la expresión de las diligencias cuya práctica solicita, sino que puede forzar la acusación e, incluso, acusar particularmente, variando la calificación de los hechos, la participación del acusado o la pena solicitada.*

*La intervención del querellante en el proceso no es secundaria, accidental o subordinada. Representa el interés de la víctima directa o del ofendido, que debe ser protegido y no limitado.*

*El precepto legal reprochado afecta lo dispuesto en el artículo 83 inciso 2° de la Constitución Política de la República.*

### Texto Completo:

Santiago, once de diciembre de dos mil doce.

### VISTOS:

Con fecha 21 de marzo del año en curso, el abogado Carlos Cortés Guzmán, en representación de Álvaro Izquierdo Wachholtz, Alejandro Izquierdo Wachholtz, Isabel Izquierdo Wachholtz, Paula Riesco Wachholtz, Martín Riesco Wachholtz, Úrsula Wachholtz Ureta, Senta Wachholtz Ureta y Jorge Wachholtz Muzard, ha reque-

rido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 111, inciso primero, del Código Procesal Penal, para que surta efectos en el proceso penal por delito de homicidio, RUC 1100889988-8, RIT 1958-2011, sustanciado ante el Juzgado de Garantía de Rengo.

El texto del precepto legal objetado en estos autos dispone: “Artículo 111.- Querellante. La querrela podrá ser interpuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario.”

En cuanto a las infracciones constitucionales denunciadas, el requirente plantea que la aplicación del precepto reprochado vulnera el ejercicio igualitario del derecho a la tutela judicial efectiva, contraviniendo de esta manera los artículos 19, N°s 2° y 3°, y 83 de la Constitución Política de la República.

A efectos de sustentar su requerimiento, el actor desarrolla los siguientes cuatro puntos. El primero de ellos se refiere a los hechos que originaron el proceso penal pendiente. El segundo versa acerca de las características de ese proceso. El tercero trata sobre los vicios constitucionales que produce la aplicación del precepto reprochado y el cuarto contiene unas breves consideraciones sobre la admisibilidad del requerimiento.

En cuanto a los hechos que originaron la gestión judicial pendiente, expone el actor que el día 7 de noviembre de 2011, actuando en representación de quienes son sus mandantes en estos autos, interpuso una querella criminal en contra de don Jaime Ibáñez Romero, por su presunta responsabilidad en el delito de homicidio calificado de don Salvatore Piombino, de doña Senta Wachholtz –suegros del imputado- y de doña Patricia Piombino y doña Carla Piombino –cuñadas del imputado-.

Respecto a las características del proceso penal pendiente, el actor, en primer lugar, precisa el parentesco que tienen sus representados con las víctimas del homicidio, a efectos de que se entienda el conflicto de cons-

titucionalidad que plantea. Expone que sus representados son sobrinos directos de doña Senta Wachholtz, suegra del imputado, presuntamente asesinada por éste. Y son sobrinos porque son hijos de hermanos de ella, que a la fecha se encuentran fallecidos. Explica que sus mandantes adoptaron la decisión de querellarse por el asesinato de sus tíos y primas, tanto por la brutalidad y frialdad con que fuera cometido el delito, como porque la otra hija del matrimonio asesinado, su prima, doña Tatiana Piombino Wachholtz, no puede querellarse, atendido que el artículo 116 del Código Procesal Penal prohíbe, salvo excepciones, la querella entre cónyuges y ella es cónyuge del imputado Jaime Ibáñez. Indica que, de esta manera, sus representados son los únicos que pueden querellarse en nombre de la familia.

Señala que en razón del reseñado parentesco que tienen sus mandantes con las víctimas muertas a causa del delito, el título que invocan para interponer querella criminal es el de herederos de quienes la ley considera víctimas del delito, desde el momento que, en virtud del artículo 108 del Código Procesal Penal, cuando el ofendido por el delito muere a causa del mismo, se considera víctima del delito, entre otros, a sus hermanos.

Indica que el Juez de Garantía de Rengo, mediante sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, declaró inadmisibile la querella criminal presentada por sus representados. Lo anterior, pues ambos tribunales entienden que al no reunir sus representados alguno

de los parentescos con el ofendido que exige el citado artículo 108 del Código Procesal Penal para ser considerado víctima –es decir, ser su cónyuge, hijo, ascendiente, conviviente, hermano, adoptado o adoptante del ofendido muerto–, es inadmisibile la querrela de conformidad a los artículos 111 y 114, letra e, de ese Código.

En relación con el criterio de la citada judicatura, indica el actor que no tiene crítica alguna en lo que se refiere a la aplicación del artículo 108 del código de enjuiciamiento aludido, pues efectivamente sus representados no tienen ninguna de las relaciones de parentesco con el ofendido muerto que exige aquel artículo para ser considerado víctima. Más bien, sus representados son herederos de quienes según ese precepto son víctimas del delito, pues, como señaló, son herederos de hermanos –a la fecha fallecidos– de la asesinada señora Senta Wachholtz. Precisa que sus representados son herederos abintestato y explica que, por tener esa calidad, el conflicto de constitucionalidad lo produce la aplicación del inciso primero del artículo 111 del Código Procesal Penal, pues esta disposición sólo permite a los herederos testamentarios interponer querrela criminal. En su virtud, los jueces del fondo habrían declarado inadmisibile la querrela de sus mandantes –ya que sólo son herederos abintestato–, impidiéndoles el acceso a la tutela judicial efectiva.

En cuanto a los vicios de constitucionalidad que denuncia en estos autos, expone que la disposición cuestionada, al exigir a los herederos de

la víctima que tengan la calidad de “testamentarios” para poder interponer querrela criminal, establece una discriminación arbitraria, toda vez que no existe fundamento o razón que justifique que los herederos abintestato de la víctima no puedan interponer querrela en circunstancias que sí pueden hacerlo quienes son herederos testamentarios. Alega que la discriminación es más patente aún si se tiene presente que, tal como sucede en la especie, sus representados son herederos que a la vez son legitimarios forzosos.

Teniendo lo anterior en consideración, aduce que la aplicación del precepto reprochado produce una discriminación arbitraria en relación con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso penal, pues si sus representados tuviesen la calidad de herederos testamentarios entonces sí podrían querrellarse y ejercer la acción penal accediendo así a la tutela judicial penal de sus derechos e intereses.

Finalmente, en cuanto a las consideraciones sobre la admisibilidad del requerimiento, se refiere a la legitimación activa de sus representados para interponer la acción de inaplicabilidad. Explica que ellos no figuran como partes intervinientes del proceso penal en el certificado que fuera acompañado a estos autos según lo exige el artículo 79 de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, debido a que, por la aplicación del precepto legal que se objeta, se impide considerarlos como partes del proceso penal y, por consiguiente,

figurar en el mencionado documento. Justamente, es ese impedimento el que viene a impugnarse en sede de inaplicabilidad.

Por resolución de 4 de abril del año en curso, la Primera Sala de esta Magistratura admitió a tramitación el requerimiento. Posteriormente, por resolución de 16 de mayo del mismo año, decretó la suspensión de la gestión judicial en que incide. Luego de ser declarado admisible por la aludida Sala y pasados los autos al Pleno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, el requerimiento fue comunicado a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República y notificado al imputado, don Jaime Ibáñez Romero, a la fiscal del Ministerio Público, doña Fabiola Echeverría García, y al defensor penal privado, don Gabriel Henríquez Arzola, a efectos de que pudieran hacer valer sus observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren convenientes.

Habiéndose traído los autos en relación, se procedió a la vista de la causa el día 13 de septiembre de 2012, oyéndose los alegatos del abogado Fernando Palma Le-Bert, por la parte requirente.

### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que la Constitución Política de la República, en el N°6° de su artículo 93, confiere a este Tribunal Constitucional la facultad de resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en

cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución, siempre que la acción sea planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto y una de las salas del Tribunal haya declarado la admisibilidad de la cuestión, conforme lo dispone el inciso undécimo de la misma norma constitucional;

**SEGUNDO:** Que, en la vista de la causa, se han renovado alegaciones vinculadas a la inexistencia de una gestión pendiente en la que el precepto reprochado pueda tener aplicación, cuestión sobre la que el Tribunal reiterará la decisión acordada preliminarmente por la Sala en la fase de admisibilidad;

**TERCERO:** Que, en el sentido expuesto, cabe consignar que los antecedentes en que incide el requerimiento se encuentran en la fase de investigación, la que no ha sido declarada cerrada, y su decurso permite la presentación de la querrela en cualquier momento (según el artículo 112 del Código Procesal Penal), derecho que no ha precluido; de suerte que es innegable que se encuentra pendiente una gestión judicial en la que el precepto objetado puede tener aplicación decisiva;

**CUARTO:** Que, como se ha dicho, el requirente sostiene que la aplicación del precepto reprochado vulnera el ejercicio igualitario del derecho a la tutela judicial efectiva, contraviendo de esta manera los artículos 19, N°s 2° y 3°, y 83 de la Constitución Política de la República, en cuanto concede la facultad de inter-

poner una querrela criminal únicamente al heredero testamentario, en desmedro de aquellos sucesores que no tienen ese carácter, incluso si estos últimos –como ocurre en la especie– tienen la calidad de asignatarios forzosos;

**QUINTO:** Que esta Magistratura ha reconocido como un derecho fundamental, que incluye entre sus elementos esenciales el acceso a la jurisdicción, el que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión (Sentencia Rol N°815, de 19 de agosto de 2008), considerándolo como un principio informador del debido proceso;

**SEXTO:** Que si bien la Constitución, en su artículo 83, ha entregado al Ministerio Público la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito y le ha confiado el ejercicio de la acción penal pública, también le ha encomendado la adopción de medidas para proteger a las víctimas, así como ha facultado *al ofendido por el delito* y las demás personas que determine la ley para ejercer igualmente la acción penal.

La situación de la víctima u ofendido constituye, pues, un interés constitucionalmente protegido. Referencia primordial, también, para la comprensión del derecho a la tutela judicial efectiva;

**SÉPTIMO:** Que debe distinguirse, conceptualmente, entre la acepción amplia de *ofendido por el delito* y la circunscrita de *víctima*. La primera, es utilizada –en relación a las causas que hacen procedente la aplicación de la prisión preventiva– por el artículo 19 N°7, letra e), y también por el artículo 83 inciso segundo de la Constitución, con el fin de garantizar el ejercicio de la acción penal a los titulares del bien jurídico afectado por el delito. En cambio, la segunda se asocia a las medidas de protección a las víctimas y al mandato al legislador para regular la asesoría y defensa jurídica gratuitas de las personas naturales víctimas de delitos, situaciones contempladas respectivamente en los artículos 83, inciso primero, y 19 N°3, inciso tercero, del texto fundamental;

**OCTAVO:** Que, en consecuencia, *el ofendido por el delito* a quien se reconoce el ejercicio de la acción criminal, no debe necesariamente restringirse a la víctima directa del hecho delictivo, máxime si ésta –por efecto de la acción antijurídica, homicidio en este caso– no existe físicamente. La subrogan en su situación jurídica, moral y social sus parientes más próximos, que también son afectados personalmente por el agravio o daño moral causado por el ilícito. Así lo ha entendido el legislador, que en el artículo 108 del Código Procesal Penal ha declarado que, *en los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiese ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima al cónyuge*, demás parientes que indica y al adoptado o adoptante;

**NOVENO:** Que, en la gestión que antecede a esta cuestión de inaplicabilidad, los requirentes son los parientes más próximos de la víctima del homicidio investigado y herederos abintestato por representación. Sin embargo, no son considerados víctimas en la enumeración anteriormente citada y tampoco pueden querellarse, atendido que la disposición del artículo 111, inciso primero, del Código Procesal Penal habilita la acción sólo al heredero testamentario;

**DÉCIMO:** Que la limitación antedicha no aparece, en principio, revestida de algún fundamento plausible. En efecto, no se advierte la razón que radique en una clase de heredero -el testamentario- la habilidad para el ejercicio de la acción penal.

La historia del establecimiento de la ley no proporciona, tampoco, mayores antecedentes al respecto.

Así, en el Mensaje (artículo 135) se considera víctima al heredero testamentario, siguiendo el orden de prelación indicado en el precepto. En el Senado, se excluyó al heredero testamentario como víctima, fundamentándose (segundo informe de la Comisión) en la relación meramente patrimonial de esta persona con el directamente ofendido por el delito, dejándose constancia que “ello no obsta a que pueda deducir querrela, situación que se previó incorporándolo en el inciso primero del artículo referido al querellante, como uno de los titulares de la acción”. Y en la misma Cámara se aprobó el artículo 111, conforme al cual “la querrela

podrá ser interpuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario”;

**DECIMOPRIMERO:** Que la distinción efectuada por el legislador carece de razonabilidad y no se encuentra vinculada a algún fin lícito que la justifique, constituyéndose en una diferencia arbitraria que contraría el principio de igualdad ante la ley y que restringe severamente el ejercicio de la acción penal a quien naturalmente le es atribuible;

**DECIMOSEGUNDO:** Que la condición de querellante no es intrascendente para el pleno ejercicio de la acción criminal. Así, no sólo colabora con la investigación, mediante la expresión de las diligencias cuya práctica solicita, sino que puede forzar la acusación e, incluso, acusar particularmente, variando la calificación de los hechos, la participación del acusado o la pena solicitada.

La intervención del querellante en el proceso no es secundaria, accidental o subordinada. Representa el interés de la víctima directa o del ofendido, que debe ser protegido y no limitado.

Por ende, la disposición constitucional afectada por el precepto legal reprochado es el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución, y así se declarará;

**DECIMOTERCERO:** Que, asimismo, la vulneración de garantías individuales incide en la lesión del principio de la esencialidad de los derechos, asegurado en el artículo 19 N°26° de la Carta Fundamental, y traduce, en el caso pendiente,

la imposibilidad de querellarse a los parientes más próximos de las víctimas, subrayando los efectos inconstitucionales producidos por la aplicación de la norma impugnada;

**DECIMOCUARTO:** Que, en vista de las motivaciones anteriores, puede concluirse que la aplicación del precepto objetado es contraria a las prescripciones de los numerales 2°, 3° y 16° del artículo 19 y del artículo 83, inciso segundo, de la Constitución Política, razón que conduce a la exclusión del término “testamentario”.

**Y VISTO** lo dispuesto en los artículos 19, números 2°, 3° y 26°; 83 y 93, inciso primero, N°6°, e inciso undécimo, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N°17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N°5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia,

**SE RESUELVE:**

**Que se acoge el requerimiento deducido a fojas 1 y, en consecuencia, es inaplicable en la causa pendiente el término “testamentario” mencionado en el inciso primero del artículo 111 del Código Procesal Penal. Se pone término a la suspensión del procedimiento decretada en estos autos, a fojas 118; oficiese.**

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Francisco Fer-

nández Fredes y Carlos Carmona Santander, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, fundados en las consideraciones que se expondrán.

**El Ministro señor Francisco Fernández Fredes estima que,** a diferencia de lo sustentado en el voto de mayoría, los herederos abintestato del ofendido por el delito no son excluidos por el legislador como posibles querellantes en el caso de que aquél hubiese fallecido como consecuencia del ilícito. Antes, por el contrario, el artículo 108 del mismo cuerpo legal los legitima al efecto, según el orden de prelación que tal precepto establece entre ellos.

Lo que ocurre en la especie es que los requirentes de inaplicabilidad no son sucesores forzosos de los occisos en el delito de homicidio (sus tíos y primas), sino de los hermanos premuertos de la señora Senta Wachholtz, circunstancia que los deja al margen de la legitimación contemplada por el artículo 108, que sí comprende a sus causantes (hermanos de la víctima), quienes, al haber fallecido, no han podido heredarles este derecho específico, dada su naturaleza extrapatrimonial.

En consecuencia, no advierte en la mención al heredero testamentario que hace el precepto impugnado la intención de discriminar o marginar a los sucesores abintestato, que están previstos como eventuales querellantes en otro artículo (el 108) del mismo Código, si bien bajo el supuesto de que lo sean del ofendido por el delito y no de otros de

los sucesores legales del mismo que dicho precepto habilita como querellantes supletorios.

**El Ministro señor Carlos Carmona Santander** estuvo por rechazar el requerimiento, fundado en lo siguiente:

1. Que en el caso de autos el Juzgado de Garantía de Rengo, por resolución de fecha 11 de noviembre de 2011, declaró inadmisibles las querellas interpuestas por los requirentes en contra de Jaime Ibáñez Romero. Los requirentes se querellaron pues se consideraron víctimas del homicidio de sus tíos Senta Wachholtz Buchholtz y Salvatore Piombino, y de sus primas Patrizia Piombino Wachholtz y Carla Piombino Wachholtz. La decisión del Juzgado de Garantía de Rengo fue ratificada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, con fecha 7 de diciembre de 2011 (Rol 400/2011).

El Tribunal sostuvo que los querellantes no tenían la legitimación que al efecto exige el inciso primero del artículo 111 del Código Procesal Penal, por lo que a dicha querella la afectaba la causal de inadmisibilidad prevista en la letra e) del artículo 114 del mismo Código. Aquel precepto dispone que la querella puede ser interpuesta *“por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario”*;

2. Que el presente requerimiento se dirige justamente contra dicho precepto, toda vez que restringe a sólo los herederos testamentarios la posibilidad de presentar querella, situa-

ción en la que no se encontrarían los querellantes;

3. Que, a juicio de este disidente, existen dos tipos de razones para rechazar el presente requerimiento.

En primer lugar, existen razones formales. En efecto, la querella ya fue declarada inadmisibles por el Juez de Garantía, resolución que fue ratificada por la Corte de Apelaciones. Por lo mismo, la norma que se objeta ya se aplicó, no siendo la acción de inaplicabilidad la vía idónea para dejar sin efecto lo obrado por los tribunales ordinarios. Para declarar la procedencia del presente requerimiento habría que interpretar que el artículo 112 del aludido Código, que dice que la querella puede presentarse en cualquier momento previo al cierre de la investigación, habilita para que, de acogerse el requerimiento, se pueda volver a plantear la cuestión. En estrados se dijo al respecto que la resolución de inadmisibilidad tenía la naturaleza de un auto, no de una sentencia interlocutoria que estableciera derechos a favor de las partes. También se sostuvo que dicha inadmisibilidad no generaba cosa juzgada.

Sin embargo, esos son alegatos que están fuera de nuestro ámbito. Por una parte, porque no está comprendido en la discusión de la inaplicabilidad el artículo 112. Se pidió la inaplicabilidad únicamente del inciso primero del artículo 111. Por la otra, porque tendríamos que interpretar el artículo 112 para considerar que hay gestión pendiente, y eso excede nuestras competencias;

4. Que, en segundo lugar, existen razones de fondo. Para este disidente no está en cuestionamiento el acceso a la justicia en la regulación que hace la norma impugnada;

5. Que, para entender esta argumentación, es necesario considerar lo siguiente.

En primer lugar, que en el antiguo Código de Procedimiento Penal la acción penal pública podía ser ejercida “*por toda persona capaz de parecer en juicio*” (artículos 10, 11, 15 y 93). Asimismo, la manera de iniciar el proceso era por denuncia, querrela, requisición del Ministerio Público o por pesquisa judicial (artículo 81). Del mismo modo, el querellante podía deducir la acción hasta el momento en que quedaba ejecutoriada la resolución que declaraba cerrado el sumario (artículo 95). La condición de querellante permitía intervenir durante el sumario presentando pruebas y solicitando la práctica de diligencias (artículo 93); además, podía formular acusaciones (artículo 427). Finalmente, podían presentar querrelas los herederos del ofendido. (Artículo 100 N°1).

En el nuevo sistema, la acción penal pública debe ser ejercida de oficio por el Ministerio Público (artículos 53, 77, 166). Enseguida, el inicio de la investigación de un hecho que revista caracteres de delito, puede tener lugar de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o por querrela (artículo 172). A continuación, la querrela sólo pueden presentarla la víctima, su representante legal o su heredero testamentario (artículo

111). Del mismo modo, la víctima puede intervenir en el procedimiento sin necesidad de presentar querrela, pues puede solicitar medidas de protección, ser oída por el fiscal, impugnar el sobreseimiento (artículo 109). El querellante puede solicitar diligencias al Ministerio Público (artículo 113, letra e)), puede adherir a la acusación o acusar particularmente (artículo 261, letra a)), deducir demanda civil (artículo 261, letra d)), puede pedir reapertura de la investigación (artículo 257). Finalmente, la querrela puede presentarse mientras el fiscal no declare cerrada la investigación (artículo 112).

Como se observa, el sistema cambió radicalmente, entre otras cosas, porque se restringió la titularidad de la acción penal. Asimismo, el Ministerio Público no presenta querrela para iniciar el procedimiento (artículo 166), pues debe actuar de oficio (artículo 172);

6. Que la regulación legal que hace el Código Procesal Penal se funda en normas constitucionales. Específicamente, en el artículo 83. En efecto, mientras el Ministerio Público **debe** ejercer la acción penal pública, el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley, **pueden** hacerlo. Dicho precepto establece que el Ministerio Público “ejercerá la acción penal pública”. Para los otros sujetos, la Constitución señala que “*podrán ejercer*”.

Esto explica que en el Código Procesal Penal el Ministerio Público debe ejercer la acción penal de oficio (artículo 53), mientras es facultativo

para la víctima presentar querrela, y se le otorgan una serie de derechos para participar en el procedimiento sin la presentación de ésta (artículo 109);

7. Que el mismo artículo 83 establece, también, que puede ejercer la acción penal “*el ofendido por el delito*”. Respecto a las “*demás personas*” que pueden ejercer la acción, es la ley la que debe determinarlo.

Entonces, mientras la Constitución establece el derecho del ofendido a ejercer la acción penal, faculta al legislador para definir otras personas que podrán hacerlo.

La expresión “determine” tiene un doble sentido. Por una parte, es un mandato para que el legislador cumpla la tarea que el constituyente le encarga. Por la otra, es un mandato para que precise quiénes son las personas que pueden ejercer esa acción.

El que tiene garantizado constitucionalmente el derecho a ejercer la acción penal es el ofendido. Las demás personas, en cambio, sólo en la medida que la ley lo determine.

El ofendido no es cualquier sujeto. Para el Código Procesal Penal la víctima es el “*ofendido por el delito*”. Son, por tanto, expresiones sinónimas;

8. Que en virtud de esta delegación que hace la Constitución para que la ley defina las personas que pueden ejercer la acción penal, el precepto impugnado estableció que ésta podía ser presentada por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario;

9. Que la exclusión del heredero abintestato es lo que se reprocha de dicho precepto. Se sostiene que no hay razón que justifique tal exclusión.

Al respecto, lo primero que hay que señalar es que no existen antecedentes claros sobre las razones que tuvo el legislador al momento de excluir a dichos herederos. Sí cabe consignar que el mensaje original del Código aludía al “guardador”, lo que fue suprimido durante la tramitación, y que el heredero testamentario estaba dentro del listado de personas que se consideran víctimas por fallecimiento del ofendido y, en consecuencia, éste no pudiera ejercer sus derechos. Estaba, entonces, en el actual artículo 108 y se le trasladó al actual 111. El traslado obedeció a la relación meramente patrimonial que existe entre el heredero testamentario y el ofendido (Pfeffer Urquiaga, Emilio; Código Procesal Penal. Anotado y Concordado; Editorial Jurídica de Chile, 2a. edición, 2006, p. 189 y siguientes);

10. Que, no obstante, del contexto del debate se infiere la preocupación de los legisladores por evitar la acción popular y, al mismo tiempo, no desarticular que la titularidad de la acción penal es del Ministerio Público y de la víctima, sin consagrar excepciones numerosas que pudieran interpretarse ampliamente.

Ello es particularmente ilustrativo respecto de dos normas del mismo artículo 111. Por una parte, la ley precisa que tratándose de organismos públicos, sólo pueden presentar querrelas “*cuando sus respectivas leyes*

*orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes*” (artículo 111, inciso tercero). Y, por la otra, la posibilidad de que *“cualquier persona capaz de parecer en juicio”* pueda presentar querrela está acotada respecto de los delitos que constituyan *“delitos terroristas”* o ciertos delitos cometidos por funcionarios públicos (los que *“afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución”* o que vayan *“contra la probidad pública”*);

11. Que el punto es relevante, porque al momento de examinar la eventual arbitrariedad del legislador, hay que considerar que basta que existan razones, aunque no convengan o persuadan. El Tribunal examina las razones que tuvieron en cuenta los legisladores; no pone sus propias razones (STC 1295/2009);

12. Que no hay que dejar de lado que el Código se construyó sobre una lógica restrictiva para el querellante. Mientras en el Código antiguo la acción penal pública podía ser ejercida *“por toda persona capaz de parecer en juicio”* (artículo 15), el nuevo Código restringe quiénes pueden hacerlo, enumerando los sujetos legitimados en el artículo 111;

13. Que esta lógica restrictiva se reiteró en la Ley de Reforma Constitucional N°20.516, pues ésta sólo menciona que pueden ser objeto de asesoría y defensa gratuita, para efectos de ejercer la acción penal, *“las personas naturales víctimas de delitos”*;

14. Que, en este sentido, cabe considerar que, conforme al artículo 1056 del Código Civil, los asigntarios

testamentarios deben ser *“una persona cierta y determinada”*. Con la certidumbre se alude a que la persona exista, mientras la determinación apunta hacia su identidad. Sólo excepcionalmente es válida la asignación testamentaria hecha a personas indeterminadas.

En contraste, los sucesores intestados son indeterminados. Y en ellos, cabe incluso el Fisco (artículo 983 del Código Civil). En cambio, los herederos testamentarios son definidos. De ahí que la referencia a los herederos, sin señalar que son testamentarios, puede ampliar considerablemente la titularidad para presentar la querrela, en circunstancias que todo el sistema se construye sobre la base de legitimados acotados;

15. Que, además, en la medida que se amplían los que pueden intervenir como querellantes, más compleja se hace la defensa para el imputado, pues debe defenderse de todas las diligencias, pruebas, etc., que éstos soliciten o presenten;

16. Que, por otra parte, no se puede asimilar la acción penal a la presentación de una querrela. Por de pronto, porque el Ministerio Público inicia la acción de oficio, sin querrela. Enseguida, como la querrela debe presentarse durante la etapa de investigación (artículo 112), ésta la lleva a cabo el Ministerio Público. El acceso al Tribunal se produce al final de la etapa investigativa y en el juicio oral. Si bien la querrela se presenta ante el juez de garantía, admitida a tramitación, éste la remite al

Ministerio Público (artículo 112). Y el contenido de la querrela está vinculado con las diligencias cuya práctica se solicita al Ministerio Público (artículo 113, letra e)). Asimismo, el Código otorga una serie de derechos a la víctima para intervenir en el procedimiento sin necesidad de presentar querrela (artículo 109).

De ahí que algunos autores postulen que la acción penal se materializa, en realidad, con la acusación (Bordalí Salamanca, Andrés; La acción penal y la víctima en el Derecho chileno; en Revista de Derecho de la PUC de Valparaíso, tomo XXXVII, 2011, p. 513-545);

17. Que, por todo lo anterior, este disidente está por rechazar el presente requerimiento.

Redactó la sentencia el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake y las disidencias, sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N°2203-12-INA.**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto y los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olgúin.

DIVISIÓN DE ATENCIÓN  
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

---



## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL NUEVO DELITO DE TRATA DE PERSONAS

*Jorge Vitar Cáceres<sup>1</sup>*

---

- I. Introducción
- II. El tipo penal de trata de personas y los medios de comisión
- III. Relevancia del consentimiento de la víctima
- IV. Los bienes jurídicos protegidos en el delito de trata de personas

### I. Introducción

La Ley 20.507, promulgada el 1° de abril de 2011, tipifica –junto con el delito de tráfico ilícito de migrantes– el delito de trata de personas, incorporando el párrafo 5 bis al Título VIII del Libro II del Código Penal (artículos 411 bis a 411 octies), derogando de paso el antiguo artículo 367 bis, que a su vez sancionaba el delito conocido como trata de blancas<sup>2</sup>.

La inclusión de este delito en la legislación chilena encuentra como base un marco regulatorio internacional en el cual se inserta la lucha contra el crimen transnacional de utilización de niños como objeto de transacciones comerciales para fines ilícitos. Así, la Convención Internacional de Derechos del Niño impone múltiples obligaciones que Chile asume en relación a la promoción de los derechos de los niños y los adolescentes. En este mismo sentido, se encuentra también el Protocolo Facultativo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía. Dentro de las obligaciones que contraen los Estados Partes se contempla expresamente la prohibición de la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil.

---

1 Fiscal adjunto de la Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, Ministerio Público.

2 Esta última disposición sancionaba al que promovía o facilitaba la entrada o salida de personas del país para que éstas ejercieran la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, y era castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales. La penalidad se exasperaba y podía alcanzar el presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales, cuando la víctima era menor de edad, si se ejercía violencia o intimidación, si el agente actuaba mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza, si el autor era ascendiente, descendiente, marido, hermano, tutor, curador o encargado de la educación de la víctima, si el agente se valía del estado de desamparo económico de la víctima, o si existía habitualidad en su conducta.

Otra relevante Convención que refleja la lucha internacional contra el tráfico internacional de niños y en general de personas, es la Convención de las Naciones Unidas –suscrita en Palermo, Italia, el año 2000 que se encuentra suscrita y ratificada por Chile– contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos, relativos al Combate el Tráfico de Migrantes por Vía Terrestre, Marítima, Aérea y, el segundo, a la Prevención, Represión y Sanción a la Trata de Personas, en Especial Mujeres y Niños (éste último, en adelante, el Protocolo).

En este último cuerpo normativo internacional, se define a la trata de personas como *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”*<sup>3</sup>. Por su parte, en términos muy similares, el actual artículo 411 quáter del Código Penal, sanciona conforme a la figura básica del delito de trata de personas al *“que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales”*. Como puede apreciarse –al igual como ocurre en otros países–, en relación con el concepto de trata de personas, las conductas incriminadas y los medios de comisión de las mismas, la legislación chilena recoge en términos casi textuales las directrices de la Convención de Palermo<sup>4</sup>.

El objetivo de este trabajo es analizar el delito de trata de personas desde la perspectiva de la víctima, haciendo referencia, en primer lugar, a las

3 Artículo 3 letra a) del Protocolo. Acerca de lo que se entiende por trata de personas, el Protocolo no es completamente clarificador, ya que la letra c) del mismo artículo establece que *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo”*.

4 Así se observa, a modo ejemplar, en el artículo 145 bis de la Ley 26.364 en Argentina; artículo 129 del Código Penal de Paraguay; el artículo 281 bis del Código Penal de Bolivia; Decreto Ejecutivo 1981 de Ecuador; artículo 153 del Código Penal de Perú; artículo 56 de la Asamblea Nacional de Venezuela, Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

características más resaltantes de la tipicidad del delito en estudio, destacando las particulares formas de comisión que revelan la situación de sometimiento a la queda expuesta la víctima en las hipótesis de castigo; para luego decidir, como tema central de esta entrega, si el consentimiento que pueda manifestar la víctima puede resultar determinante para que la conducta quede impune o si, por el contrario, la manifestación de voluntad de la víctima carece de importancia en la configuración del delito. A modo de conclusión, aludiremos a los bienes jurídicos protegidos en el nuevo delito de trata de personas.

## II. El tipo penal de trata de personas y los medios de comisión

El nuevo delito de trata de personas incorporado por la Ley 20.507 a nuestra legislación penal, es de aquellos denominados delitos con pluralidad de hipótesis alternativas. Lo que se sanciona es el captar, trasladar, acoger o recibir personas. A diferencia del delito de tráfico de migrantes del artículo 411 bis del Código Penal y del artículo 411 ter –promoción y facilitación de la prostitución o también denominado trata con fines de prostitución– el delito de trata de personas del artículo 411 quáter –o trata con fines de explotación– no exige que el traslado se produzca entre países distintos y el cruce de fronteras, por lo que no puede darse tanto dentro como fuera del país, no siendo necesario el cruce de fronteras nacionales para su comisión. De otro lado, la acción de quien pone personas a disposición de otro con fines de explotación, o sea, de quien envía personas para ser explotadas –aun cuando no toma parte en su traslado–, debe ser sancionada como coautoría de acuerdo al artículo 15 N°3° del Código Penal, a menos que forme parte de una asociación ilícita destinada a la comisión de este delito, que se castiga de conformidad con el artículo 411 quinquies del Código Penal.

El mismo tipo penal exige a continuación, para que se configure el delito en estudio, que dichas acciones sean ejecutadas para que las personas sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, sean objeto de trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o para la extracción de órganos. Lo que la ley reprime es la comisión de las conductas tipificadas con una serie de tendencias delictuales muy definidas, las que si bien no requieren verificarse efectivamente para que el delito se perfeccione, deben ser cubiertas por el dolo del agente y es necesario acreditar por cualquier medio de prueba en el proceso, debiendo el tribunal formarse una convicción de acuerdo al estándar legal para imponer una condena, acerca de la existencia, voluntad y conocimiento de dicha intencionalidad al cometer el delito.

Asimismo y como ya hemos anticipado, la legislación chilena ha incluido los mismos medios comisivos descritos en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, complementario de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia

Organizada Transnacional, que son la violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. El artículo 3 letra c) del Protocolo deja en claro que la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios antes enunciados. A nivel legislativo, esta regla se recoge en el artículo 411 quáter, exasperando la pena en los casos en que el sujeto pasivo es un menor de edad: “(...) si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales”.

Este principio se ve ratificado por lo expresado en la Directriz N°8 de los Principios y Directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas, del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>5</sup>, en cuanto llama a los Estados y, cuando corresponda, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, a cuidar de que las definiciones de trata de niños, tanto en las leyes como en las políticas, respondan a su necesidad de salvaguardias y cuidados especiales, incluida la protección legal adecuada y que, en particular, cuando la persona afectada es un niño, no deben formar parte de la definición pruebas de engaño, fuerza, coacción, etc.

A continuación, expondremos algunas consideraciones que parecen relevantes en relación con los medios comisivos de la figura penal contenida en el artículo 411 quáter del Código Penal.

#### a) Violencia, intimidación o coacción

En muchos supuestos de trata con fines de explotación sexual la violencia suele presentarse en malos tratos de carácter físico, pero también ocupan un lugar importante los casos de violencia psíquica, donde el explotador ejerce sobre la víctima una presión tal que es apta para causar daño moral o psicológico. En otras finalidades de explotación, como puede ser la explotación laboral<sup>6</sup> suelen predominar los medios comisivos de violencia psicológica.

5 Texto de fecha 20 de mayo de 2002, publicado en <http://www.redcontralatrata.org/?rubrique46&entidad=Textos&id=4559>, consultada por última vez el 20 de marzo de 2013.

6 Quedando incluidos en la ley los trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud u otras prácticas análogas.

El concepto de violencia se relaciona con el empleo de fuerza o energía física suficiente sobre la víctima, tendiente a anular, vencer o evitar su resistencia.

Al referir a los recursos de violencia que suelen utilizarse en el delito de trata, ésta tiene lugar de manera generalizada para la víctima y las amenazas de extenderla a sus seres queridos. Entre ellas se encuentran frecuentes golpizas en lugares que no dejen marcas, encierros, privaciones de agua y comida, violaciones singulares o grupales reiteradas, y obligación a consumir drogas y alcohol.

Carrara define a la violencia como “cualquier acto con el cual, empleando violencia sobre el cuerpo o la voluntad ajenos, se obliga a alguien, contra su propio deseo, a hacer, a omitir o a permitir que otros hagan una cosa cuya consecución no representa, respecto al autor del hecho, ninguna violación especial de la ley punitiva”<sup>7</sup>. En cuanto a la forma de acreditar la existencia de violencia como medio comisivo, enseña Carrara que “(...) en la práctica, he oído que los jueces le preguntan a la víctima si sintió miedo; no desapruebo esta pregunta si se hace con el fin de obtener una aclaración más; pero creo que sería errónea, si se hace con el prejuicio de que la consumación del delito depende de la intimidación, conseguida o no conseguida”. Explica en este sentido que “Según mi opinión, el hecho debe ser juzgado de acuerdo con sus condiciones ontológicas, y éstas deben conmemorarse en relación con las contingencias ordinarias. La víctima de la violencia puede negar, por orgullo, que ha tenido miedo, como también, por su intrepidez, puede no haberse intimidado realmente, y es cierto que no sintió gran temor, puesto que no cedió a la violencia; mas a pesar de esto, si dicha violencia era apta para atemorizar a cualquier hombre, el juez tendrá que reconocer agotadas en ella las condiciones de la violencia privada...”<sup>8</sup>. Esta reflexión tiene importancia para determinar, como se verá más adelante, si la sola manifestación de la víctima en orden a obrar “voluntariamente” es suficiente para descartar la configuración del delito en estudio.

En relación con la amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como medio comisivo del delito de trata de personas, se encuentra relacionado con el anterior, en la medida en que entendemos que la amenaza, así como la intimidación o coerción, suponen actos de violencia psicológica que el autor ejerce sobre la víctima. Entre las diferentes estrategias de coerción y control que suelen crear en la víctima un encarcelamiento real o psicológico se encuentran, por ejemplo, la *servidumbre por deuda*. Como las víctimas carecen de recursos para el traslado al supuesto lugar de destino en donde tendrá el trabajo prometido inicialmente, el costo que eso genera lo solventa

7 CARRARA, Francesco “Programa de Derecho Criminal”, parte especial, volumen II, 4, Ed. Temis Bogotá 1997, p. 333.

8 CARRARA, Francesco, ob. cit, p. 341.

inicialmente el tratante. Cuando la víctima llega al lugar de destino, y se encuentra con que el trabajo prometido no está o es diferente a las condiciones pactadas el tratante exige la devolución de ese dinero y la persona queda inevitablemente *coercionada* por la situación. La generación “permanente” de deudas constituye también un modo de coerción –y de abuso de situación de vulnerabilidad– en los casos en que se le suele exigir que costee los gastos de propaganda y vivienda del local en el que se prostituye. La servidumbre por deuda es considerada una forma contemporánea de esclavitud por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>9</sup>. En el caso antes planteado, la situación de vulnerabilidad y desamparo a la que quede expuesta la víctima, conlleva la realización de trabajos o servicios forzados, con la consiguiente configuración del tipo penal en estudio, quedando todas estas situaciones en conocimiento y comprendidos en el dolo del autor del delito.

También se recurre por el victimario al *aislamiento y retención de documentos* y no necesariamente deben darse ambos supuestos de manera conjunta para afirmar la situación de coerción a la que está sujeta la víctima.

La reserva de documentos es un acto de apropiación que limita la capacidad de oponerse a una situación de explotación. Mucho más si la persona es de nacionalidad extranjera y de condición migratoria irregular. Eso constituye una forma de coerción, además de un aumento en la situación de vulnerabilidad del migrante. La situación de coerción puede mutar en amenaza si a la víctima se le indica que por estar en condición irregular podría ser deportada u objeto de otras negativas consecuencias.

También implica una forma de coerción el aislamiento de la víctima respecto de los restantes miembros de la ciudad a la que es enviada. Tal situación se presenta en las habituales modalidades de dormir y “trabajar” bajo un mismo techo –o dos techos que están ligados a una misma persona– y sustraer a la persona del contacto con el entorno social.

Este supuesto nuevamente presenta una estrecha relación con el abuso de una situación de vulnerabilidad, y también con el abuso de autoridad. También se presenta aquí un condimento de engaño que induce a la víctima a una creencia errónea acerca de sus derechos, por ejemplo en el caso del inmigrante y acerca de la protección jurídica que la ampararía de estos abusos. Nuevamente aquí, es necesario tener presente que esta práctica coloca a la persona en una situación de inseguridad que refuerza la relación de sumisión con el tratante y/o explotador y puede desembocar en la explotación sexual o los trabajos o servicios forzados.

9 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, David Weissbrodt y La Liga contra la Esclavitud, “*La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas*”, HR/PUB/02/4, ONU, New York y Ginebra, 2002.

Como puede observarse, muchos de estos supuestos reúnen todos los requisitos que el medio comisivo exige, en la medida en que refiere a *“cualquier otro medio de intimidación o coerción”*.

Por otro lado, la relación de poder que existe entre el explotador o tratante y la víctima coloca a esta última en una situación de sujeción especial en tanto la víctima en la mayoría de los casos no tiene herramientas suficientes para dimensionar los verdaderos alcances de poder de su explotador o explotadora, e incluso puede convencerse de que aquél tiene posibilidades ciertas –por ejemplo la de dañar a familiares y/o conocidos, que generalmente se encuentran en puntos distantes del lugar de explotación– que en la realidad puede no tener.

Otro medio de intimidación se presenta en la exhibición de tráficos de influencias y contactos que el tratante muestra frente a la víctima, en especial con funcionarios públicos o bien con las fuerzas policiales que acuden al lugar.

Un ejemplo es el caso de proxenetas que acompañan a las mujeres a realizar trámites migratorios, solicitudes de refugio, realizar la correspondiente inscripción como alternadoras en el municipio y controles sanitarios ante autoridades policiales locales. Dejando de lado la problemática de que estas prácticas son ilegales, lo cierto es que estas “demostraciones de poder” resultan medios de coerción idóneos para generarle a la víctima un estado de indefensión y temor que conduce a fortalecer aquella relación de sujeción especial. También se abordará esta cuestión al analizar la situación de vulnerabilidad.

## b) Engaño

Este medio comisivo habitualmente se presenta en la etapa de captación o reclutamiento de las víctimas en sus lugares de origen. Constituye modalidad recurrente ofrecer a la víctima una oportunidad cautivante. El reclutador ofrece un trabajo supuestamente digno, por una suma de dinero a la que la víctima no puede acceder en el medio en el que se desarrolla, o que, en su situación, puede resultarle tentadora.

Cuando en la captación hay engaño o fraude, esta circunstancia puede prolongarse a lo largo de la etapa de traslado o transporte hacia el lugar de explotación. Puede suceder que se prolongue durante una parte del traslado, o bien sobre su totalidad. Esto no significa descartar la existencia de casos en los que el engaño también sea un medio utilizado en los lugares de explotación. Así, también es habitual encontrar casos en los que la persona que recibe a las víctimas en los lugares de explotación revela paulatinamente las condiciones del trabajo que deberán realizar. Por lo general aquí el medio de engaño se combina con otros medios como por ejemplo las amenazas o intimidaciones así como también el abuso de una situación de vulnerabilidad.

En lo que respecta exclusivamente al engaño o fraude, la Organización de Naciones Unidas desde un comienzo ha entendido que en el delito de trata de personas el engaño puede recaer o bien sobre el *objeto de la prestación* o bien sobre *sus condiciones*<sup>10</sup>. Más recientemente, en el comentario a la Ley Modelo contra la trata de personas de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –en adelante UNODC, por sus siglas en inglés– se precisa esta idea de que “engaño o fraude” puede referir a la naturaleza del trabajo o servicio que la persona tratada realizará (por ejemplo se le promete un trabajo doméstico y es forzada a ejercer la prostitución), así como a las condiciones bajo las cuales la persona será forzada a realizar su trabajo o servicio (por ejemplo, se le promete la posibilidad de trabajar legalmente con residencia en el país, un pago apropiado y condiciones regulares de trabajo y finalmente, termina trabajando sin pago, durante gran cantidad de horas, es privada de sus documentos de viaje o de identidad, se limita su libertad ambulatoria y/o es amenazada con represalias si intenta escapar), o ambos<sup>11</sup>.

La sugerencia específica que realiza la UNODC para las legislaciones internas es la siguiente: “Engaño debe ser entendido como cualquier engaño mediante palabras o acciones y puede referirse a: i) La naturaleza del trabajo o servicio a ser proveído; ii) Las condiciones del trabajo; iii) La extensión con la cual la persona será libre de dejar su lugar de residencia; iv) Otras circunstancias que refieran a la explotación de la persona”<sup>12</sup>.

La acreditación de este medio comisivo podrá surgir del relato de la víctima o bien de allegados que puedan dar cuenta de la oferta inicial, y contrastarlas luego con las condiciones objetivas del lugar de destino (una vez establecido el lugar de explotación al que se intentaba llevar a la víctima). Repárese que, en línea con cuanto veníamos afirmando anteriormente, nada aporta a la discusión respecto del consentimiento la expresión valorativa de la víctima respecto de su última situación sino, antes bien, establecer cuál fue la propuesta originaria del sujeto activo y contrastarla con la situación final.

10 UNODC, trabajo denominado “Trata de personas” publicado por la Oficina contra la Droga y el Delito en página web: [www.unodc.org/HT\\_GPATleaflet07\\_es.pdf](http://www.unodc.org/HT_GPATleaflet07_es.pdf), consultado por última vez el 20 de marzo de 2013.

11 UNODC, “Model Law against Trafficking Persons”, V. 09-81990 (E), publicado en [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC\\_Model\\_Law\\_on\\_Trafficking\\_in\\_Persons.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf), visitada por última vez el 20 de marzo de 2013.

12 UNODC, “Model Law against Trafficking Persons”, V. 09-81990 (E). Comentario acerca de las definiciones de la ley, publicado en [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC\\_Model\\_Law\\_on\\_Trafficking\\_in\\_Persons.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf), visitada por última vez el 20 de marzo de 2013.

### c) Abuso de poder

Se presenta nuevamente un medio comisivo propio del delito que se ejerce en el marco de una relación cuasi-laboral o de poder que caracteriza el proceso de trata de personas. La autoridad no necesariamente debe provenir de una investidura pública, lo cual debiese –de *lege ferenda*– constituir una circunstancia agravante del delito. Como la ley tampoco contempla como figura agravada aquella en que el autor es una persona que tenga una relación familiar directa con la víctima, en principio podrían también quedar captadas por este medio comisivo.

Este medio comisivo pretende involucrar casos derivados de relaciones de autoridad o jerárquicas, que colocan al autor en una posición privilegiada respecto de la víctima. Quedarían comprendidos aquellos casos en los que el autor, aprovechando una especial posición de superioridad sobre la víctima, logra su consentimiento. Pese a la inexistencia de violencia o amenazas –casos que quedarían abarcados por las modalidades ya analizadas– es la propia posición de preeminencia que, explotada con fines sexuales o laborales, permite la realización del acto de significado sexual al que la víctima accede por virtud de ese empleo coactivo de la relación. De ahí que ese supuesto consentimiento carezca de toda validez.

Aun prescindiendo de la declaración testimonial de la víctima, esta modalidad comisiva se podría acreditar a partir de cursos de investigación respecto de personas o grupos de personas tanto en los lugares de captación como en los lugares de explotación. De esta forma, quien se presenta como empleador de la víctima y en ejercicio de ese rol lleva a cabo acciones en detrimento del “empleado” que exceden en forma desmesurada sus facultades. Como ejemplo, pueden citarse el privarlo de alimentos, obligarlo a trabajar sin descanso como sanción o como práctica habitual, retener para sí documentación o dinero que le pertenece a la víctima, sus pertenencias en general, prohibirle frecuentar ciertos lugares o hablar con determinadas personas respecto del objeto del ofrecimiento de trabajo –en el lugar de captación o durante el traslado– o de las condiciones de explotación, si éstas ya fueran conocidas para la víctima, lo que puede derivar en alguno de los medios comisivos que la ley establece.

### d) Concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra

Este medio comisivo demuestra la estrecha vinculación del actual delito de trata de personas, con el concepto tradicional de trata de esclavos. Nótese que la redacción de esta modalidad entraña en sí misma la reducción de la persona a una “cosa” sobre la que terceras personas ejercen un atributo de la propiedad. Quien se vale de la concesión o recepción de pagos o beneficios, está, literalmente “comprando” a la víctima.

En la comisión del delito en estudio, no es extraño ver casos en los que los padres han entregado a los hijos o hijas adolescentes para que trabajen, en el ejercicio de la prostitución en prostíbulos o casas de tolerancia (encubiertos bajo whiskerías, bares nocturnos, cabarets, etc.), con una contraprestación monetaria directa que retorna. Esta modalidad comisiva, si bien es propia de la etapa de captación, puede prolongarse durante la etapa de acogimiento, esto es, durante la explotación, puesto que existe la posibilidad de que los pagos a los padres se realicen en forma regular y se superpongan con la situación de acogimiento para la explotación y la explotación ya consumada.

Por las consideraciones realizadas, no sería correcto reducir esta causal a los casos en los que la víctima sea menor de edad –en los que por otra parte es una agravante de la figura básica– sino que se daría en casos de mayores de 18 años de edad como ocurre, por ejemplo, con jóvenes que siguen bajo la órbita de sus padres. También puede darse el caso en el que el consentimiento recaído sea el del cónyuge de la víctima.

#### e) Abuso de situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima

La vulnerabilidad es una noción normativa novedosa como elemento de un tipo penal. Este concepto ha tenido mayor desarrollo en el ámbito de los derechos de las víctimas de delitos (victimología) así como en la prevención del delito. En lo que refiere al primer ámbito, existen distintos instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos que han ido dando contenido al término, incluyendo de modo progresivo parámetros como la edad, el género, la situación de pobreza, la condición migratoria –entre otros– tendientes a garantizar la especial protección de las víctimas “vulnerables” y evitar su revictimización en el proceso<sup>13</sup>. También se destaca la teoría de la culpabilidad por vulnerabilidad desarrollada por el Profesor Zaffaroni en la cual se refiere a la proclividad de ciertos sectores sociales a caer en las redes del poder punitivo que actúa selectivamente asociado a características sociales y estereotipos<sup>14</sup>.

13 En este sentido, pueden destacarse la Convención sobre Derechos del Niño; las Directrices sobre la Justicia en Asuntos concernientes a los Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas y Testigos de Delitos, año 2004, disponible en [http://www.ibcr.org/editor/assets/thematic\\_report/2/2004\\_un\\_resolution\\_sp.pdf](http://www.ibcr.org/editor/assets/thematic_report/2/2004_un_resolution_sp.pdf); las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, año 2008, disponible en [http://www.cumbrejudicial.org/c/document\\_library/get\\_file?uuid=712f0f65-73b0-443e-a967-ad848929849c&groupId=10124](http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=712f0f65-73b0-443e-a967-ad848929849c&groupId=10124); Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, año 1985, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/delitos.htm>

14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, “*Derecho Penal Parte General*”, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2000, Capítulo 2.3.

Algunos de estos desarrollos en otras áreas del derecho son herramientas útiles para nutrir de contenido al término como elemento normativo de este delito.

Y en lo que hace a su inclusión en la figura penal, es de destacar que el abuso de una situación de vulnerabilidad es un medio habitual para concretar y mantener las relaciones de servilismo y esclavitud de unos contra otros, lo es hoy y lo ha sido a lo largo de la historia de la humanidad<sup>15</sup>. Su función en el texto normativo ha sido reconocida como válida para reducir lagunas de impunidad respecto de conductas que claramente afectan al bien jurídico.

La pregunta que se presenta como ineludible es, ¿cómo puede acreditarse que la víctima es vulnerable a la explotación y qué pautas permiten afirmar que el autor ha abusado de tales circunstancias? A fin de delimitar sus alcances de acuerdo a parámetros de evaluación objetivos, recurriremos en un primer momento a distintos documentos o herramientas que brindan una definición acerca del término.

La Nota Interpretativa de Naciones Unidas para los “*Travaux préparatoires*” del Protocolo de Palermo respecto del término aquí analizado indica que “...la alusión al abuso de una situación de vulnerabilidad debe entenderse como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata”<sup>16</sup>.

15 ONU, TPIY, Case IT-96-23, IT-96-23/1-A, sentencia del 12 de junio de 2002, y del Alto Comisionado de Naciones para los Derechos Humanos “La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas”, ob. cit.

16 NACIONES UNIDAS, Informe del Comité especial encargado de elaborar una Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional sobre la labor de su período de sesiones primero a 11°, Adición n° 1, A/55/383/Add.1. Nota interpretativa n° 63, p. 12. Esta definición del medio comisivo ha sido adoptada por el Procurador General de la Nación en su dictamen de fecha 16 de marzo de 2010 en S.C. Comp. 611; L. XLV “Actuaciones instruidas por presunta infracción a la ley 26.364”. Por otra parte, la Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas aprobó un proyecto de ley modelo contra la trata de personas y en el Capítulo II titulado “Definiciones” dedicó un segmento a la expresión del Protocolo “Abuso de una situación de vulnerabilidad”. Al respecto señala que el medio comisivo debería significar tomar ventaja de la posición de vulnerabilidad en la que una persona está situada como resultado de: (i) Haber entrado al país ilegalmente o sin la documentación apropiada; (ii) Embarazo o cualquier enfermedad psíquica o mental o discapacidad de la persona, incluyendo adicciones a cualquier tipo de sustancia; (iii) Capacidad reducida de formar juicios en virtud de ser un niño, un enfermo, o una discapacidad física o mental; (iv) Promesas o entregas de sumas de dinero u otra ventaja a personas que tengan autoridad sobre la persona; (v) Estar en una situación precaria desde el punto de vista de la exclusión social; (vi) Otros factores relevantes. Como comentario, agrega –siguiendo las notas interpretativas de las negociaciones del Protocolo de Palermo– que muchas otras definiciones de abuso de una posición de vulnerabilidad son posibles, incluyendo elementos como el abuso de la situación económica de la víctima o de dependencia de cualquier sustancia, así como las definiciones focalizadas en la situación objetiva o bien en la situación tal como fue percibida por la víctima. UNODC, “Model Law against Trafficking in Persons”, V. 09-87990 (E).

En la misma línea, la Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas, propone la siguiente definición legislativa: “Abuso de una condición de vulnerabilidad significa que el autor cree que las víctimas no tienen una alternativa razonable a someterse al trabajo o servicio por él demandado, e incluye pero no está limitado: tomar ventaja de las vulnerabilidades resultantes de la persona que ingresa ilegalmente al país o sin la documentación apropiada, de un embarazo o cualquier enfermedad o discapacidad física o mental de la persona, incluyendo adicciones al uso de alguna sustancia, o capacidad reducida de formar juicios en virtud de ser un niño”<sup>17</sup>.

Las definiciones mencionadas para el concepto de vulnerabilidad, entonces, se vinculan con la presencia de ciertos factores que pueden considerarse indicadores que suelen asimilarse a aquellos desarrollados para identificar a las víctimas vulnerables del proceso<sup>18</sup>.

En otro documento publicado por la misma Oficina de las Naciones Unidas, “*An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action*”<sup>19</sup>, luego de definir el concepto de “vulnerabilidad” como una “condición que resulta de la forma en que los individuos experimentan negativamente la compleja interacción de los factores sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales que conforman el contexto de sus respectivas comunidades”<sup>20</sup>, se propone elaborar indicadores de las condiciones de la vulnerabilidad en relación con los temas siguientes: *la niñez, el género, la pobreza, la exclusión social y cultural, la educación limitada, la inestabilidad política, la guerra y los conflictos, los marcos sociales, culturales y jurídicos, el desplazamiento impuesto por coacción y la demanda*<sup>21</sup>.

17 UNODC, “Model Law against trafficking in person”, ya citada.

18 Ver también en este sentido los parámetros que brindan las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, aprobadas en Asamblea Plenaria XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en la Ciudad de Brasilia, República Federativa de Brasil, los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008. Ver Sección 2ª. Para definir a los “beneficiarios de las reglas” en cuanto refieren que “*se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*”, disponible en <http://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf>, visitada por última vez el 20 de marzo de 2013.

19 ORGANIZACIÓN NACIONES UNIDAS, Oficina contra la Droga y el Delito “Introducción a la trata de personas: Vulnerabilidad, impacto y acción”, background paper, versión en idioma inglés con síntesis en español, publicado en <http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/index.html>.

20 Documento citado.

21 Documento citado.

En el Informe efectuado por la Relatora Especial de Naciones Unidas, en un análisis que tiene por eje la finalidad de explotación sexual se señala que “La mayor parte de la prostitución, tal y como se la practica actualmente en el mundo, suele reunir los requisitos para que pueda ser considerada trata. Es raro dar con un caso en que los motivos que llevan a una persona a la prostitución, y las experiencias de esa persona dentro de la prostitución, no incluyan como mínimo un abuso de poder y/o un abuso de vulnerabilidad”<sup>22</sup>. De esta forma, puntualiza que “En este contexto, poder y vulnerabilidad deben entenderse también desde la óptica de las disparidades basadas en el sexo, la raza, la etnia y la pobreza. Dicho de manera sencilla, el camino que lleva a la prostitución y a ese estilo de vida una vez que se ha caído en ella, raramente se caracterizan por el pleno ejercicio de derechos de las víctimas o la obtención de oportunidades adecuadas”<sup>23</sup>.

Esta serie de factores –de carácter externo o interno– de presentarse en el caso concreto, constituirán presunciones *iuris tantum* de que el autor se ha valido fundamentalmente de ellos para obtener el doblegamiento de la víctima para su explotación. Lo central, como en todo delito, será además evaluar la conducta del autor –o del sospechado– para establecer qué conocimiento tenía respecto de la situación en que la víctima se encontraba.

Por otro lado, el abuso de una situación de vulnerabilidad es un medio comisivo que puede presentarse tanto en el momento de la captación, del transporte, como en el momento de la recepción o acogimiento. Creemos necesario aquí exponer, sin ánimo de exhaustividad, algunas manifestaciones que reflejan el abuso de la situación que venimos desarrollando.

En el momento de la captación o reclutamiento, el abuso de una situación de vulnerabilidad puede estar referido al *aprovechamiento del contexto de pobreza* en el que vive la víctima y/o de sus *problemáticas familiares y sociales* (apreciable dificultad para mantener a los suyos, hostigamiento, educación incompleta, entre otras).

En el momento de la recepción o acogida creemos que el abuso de una situación de vulnerabilidad, puede encontrarse en la situación de *pobreza y deudas preexistentes* de la persona recibida. También en su *adicción* a estupefacientes. El abuso en ese estadio también puede manifestarse en la exhibición a la víctima de su influencia respecto de agentes con poderes públicos (visitas de personal uniformado o funcionarios públicos al lugar, contactos con funcionarios en trámites de oficinas públicas, etcétera).

22 Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, Sra. Sigma Huda, E/CN.4/2006/62, del 20 de febrero de 2006, publicado en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7384.pdf?view=1>

23 Documento citado

La restricción de las comunicaciones a una persona constituye un abuso de la situación que estamos analizando; aunque también podría confluir en una forma de coerción sobre la víctima.

Abusa de una situación de vulnerabilidad quien recibe o acoge a una persona que es desplazada de su lugar de origen (*migración interior o exterior*), con ánimo de explotación, o en el contexto de este delito.

*La condición de migrante* ha sido reconocida como un factor que determina la mayor vulnerabilidad a las situaciones de explotación en el texto al que venimos haciendo referencia publicado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, así “Las trabajadoras migrantes son especialmente vulnerables a las prácticas análogas a la esclavitud y al trabajo forzoso. Los instrumentos internacionales que se ocupan de la trata de personas a través de las fronteras internacionales también abordan algunos de los problemas que experimentan los migrantes [...] Los migrantes que intentan entrar en un nuevo país sin autorización son particularmente vulnerables a la explotación. Ocurre cada vez con más frecuencia que una persona, tras haber recibido la ayuda de un traficante o persona semejante para entrar en un país de manera ilegal, se vea sometida a una relación de explotación que puede implicar la servidumbre por deudas, la prostitución u otras formas de esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud [...] Los empleadores de trabajadores migrantes adquieren un importante grado de control sobre sus empleados al ofrecer ocuparse de sus salarios. Por lo general, el empleador justifica esta práctica aduciendo que así el dinero ganado no se perderá o que se invertirá para proporcionar beneficios adicionales al empleado. Habida cuenta de su posición vulnerable, el trabajador migrante a menudo no puede rehusar la oferta del empleador o no sabe que sería prudente hacerlo. Una vez que el empleador ha acumulado el equivalente a varios meses de salario, el empleado se encuentra en una grave situación de desventaja y, si desea marcharse, debe soportar así una amplia gama de abusos a fin de recuperar su salario. A veces estos abusos incluyen agresiones físicas y violación [...] El Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud observó en su período de sesiones de abril de 1995 que ‘los trabajadores migrantes extranjeros frecuentemente están sujetos a normas y reglamentaciones discriminatorias que socavan la dignidad humana’<sup>24</sup>.

En definitiva, la condición del migrante está trazada por diferentes características que permiten mostrarlo con un grado inferior de poder –en términos de alternativas de acción– frente a un nuevo contexto geográfico, social y cultural. El migrante está lejos y así aislado de su grupo de pertenencia familiar y social. Desconoce los resortes institucionales para reclamar por sus derechos, desconoce las leyes y prácticas del país o ciudad de destino y los actores que

24 “La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas”, ya citado.

podrían auxiliarlo para oponerse a la situación que le plantea el tratante. El migrante, cuando es extranjero, se piensa, al transcurrir determinado tiempo, como un ilegal y posible sujeto de sanciones.

Por ello, creemos que el migrante se encuentra en una posición tan especial cuya sola acreditación constituye un indicio rotundo respecto de la situación de vulnerabilidad de la que hablamos.

Destacados los patrones objetivos que pueden considerarse válidos para asignar a una situación dada la condición de vulnerable –edad, pobreza, exclusión social y cultural, educación limitada, migración, aislamiento del entorno, personalidad de la víctima, su problemática familiar y su historia vital– es válido sostener también que estos factores pueden verse potenciados por *acumulación* –vg., una víctima migrante, con educación limitada y aislada del entorno social– o por la *intensidad* de un condicionante –vg., una víctima al cuidado de dos hijos a los que no puede mantener–.

De todos modos, el ejercicio de imaginar variables puede resultar tan incompleto como baladí, y lo importante será apreciar, en el caso concreto, si la persona tenía una opción verdadera y aceptable diferente a la de someterse al abuso de que se trata. Y eso debe realizarse, reiteramos, mediante un juicio normativo que tome en cuenta la totalidad de circunstancias del caso –propio de la judicatura– y nunca suplido por la expresión auto–valorativa de una víctima respecto de la situación que padece.

### III. Relevancia del consentimiento de la víctima

Un análisis de cualquier elemento del tipo penal informado por el bien jurídico que se dice fragmentariamente querer preservar es una herramienta exegética de unánime reconocimiento doctrinario pues califica la función dogmática que se le atribuye al bien jurídico<sup>25</sup>.

Además de ello, en materia de “consentimiento”, la decisión de si una víctima puede o no consentir un delito se entronca inevitablemente con la posibilidad de que le sea concedida la facultad de disponer de aquél bien jurídico o interés social que el legislador tuvo en miras al momento de configurar la sanción penal.

Tradicionalmente se ha condicionado la eficacia del consentimiento de la víctima a que éste recaiga sobre acciones que lesionan *bienes jurídicos disponibles*, resultando una cuestión compleja determinar cuáles de ellos lo son. La misma idea se encuentra en sede procesal, a propósito de la celebración de acuerdos

25 RIGHI Esteban, *Derecho Penal - Parte General*, Ed. Lexis Nexis Argentina S.A., Buenos Aires 2007, p. 97. ROXIN Claus, “*Derecho Penal. Parte General*”. Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 1997, pp. 229 y ss.

reparatorios, los que exigen que se trate de bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial<sup>26</sup>.

Jakobs indica que “Los bienes de los que se puede disponer libremente, en los que el consentimiento ya excluye la realización del tipo, son sobre todo la propiedad, el patrimonio, los bienes personalísimos, como la libertad ambulatoria, el honor, el secreto de la correspondencia e incluso la integridad física; esta última, al igual que el honor y la libertad ambulatoria, sin embargo, *sólo en la medida en que son medios de desarrollarse libremente* (p. ej., lesiones leves en prácticas sexuales), *pero no base de ese libre desarrollo*”<sup>27</sup>.

Roxin, por su parte, incluye dentro de los tipos con nula o limitada posibilidad de consentimiento, en primer lugar, aquellos en donde el bien jurídico supone una lesión contra la comunidad, señalando que este principio se mantiene aun cuando es una persona individual la que resulta inmediatamente afectada por el hecho, ella no podría consentir en la lesión, porque el bien jurídico no está a su disposición<sup>28</sup>. En segundo lugar, señala que el consentimiento del portador del bien jurídico tampoco excluye en todos los casos la realización del tipo. Esto regiría, señala, en los tipos que presuponen una cooperación de la víctima y que sirven para su protección (ejemplo: acciones de abuso sexual). Así, Roxin explica que se hace caso omiso del consentimiento de la víctima porque el legislador, con una presunción irrefutable, le deniega desde el principio la facultad para una libre y responsable decisión<sup>29</sup>.

Esta misma discusión en el ámbito de la tradición angloamericana ha llegado a conclusiones similares en cuanto también se ha encontrado en la lesión a la dignidad humana un límite al consentimiento de la víctima como excluyente del ilícito. En este ámbito se ha entendido que hay actos que son impermisibles debido a que violan la dignidad de los participantes y la dignidad es tan esencial a nuestra humanidad que, en caso de conflicto entre un consentimiento legalmente válido y la dignidad el primero debe decaer a favor del segundo<sup>30</sup>. En particular Meir Dan-Cohen argumenta que la razón por la cual

26 Art. 241 del Código Procesal Penal Chileno.

27 JAKOBS, Günther “*Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*”, 2ª edición corregida, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1997, p. 294.

28 ROXIN, Claus “*Derecho Penal. Parte General*”. Tomo I, cit., p. 526 y ss.

29 ROXIN, ob cit., señala que lo mismo sucedería con el delito de usura, donde la situación forzada, la inexperiencia, la debilidad de juicio o la flaqueza de voluntad del destinatario han determinado al legislador a declarar ya a través de la introducción del tipo la ineficacia del consentimiento.

30 En este sentido, Meir DAN-COHEN “Basic Values and the Victim’s state of mind”, 88 CAL.L.REV. 759, 770 (2000); Markus Dirk DUBBER, “*Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*”, 55 HASTINGS, L.J. 509, 570 (2004); R. George WRIGHT, *Consenting Adults: The Problem of Enhancing Human Dignity Non-Coercively*, 75 B.U.L.

la sociedad rechaza la esclavitud, incluso en el hipotético caso de los “esclavos felices”, es debido a que la esclavitud representa un “paradigma de injusticia” que según sus propios términos niega valor moral a las personas y por lo tanto no les confiere respeto<sup>31</sup>.

En definitiva, el consentimiento podría ser eficaz para excluir la tipicidad *sólo* en aquellos delitos en los cuales el interés jurídico involucrado pueda ser disponible por su titular<sup>32</sup>. Por lo que se dirá en lo sucesivo, el delito de trata de personas, no puede ser uno de esos delitos.

Para analizar la eficacia que puede llegar a tener el consentimiento en la no configuración del delito, es necesario distinguir varias situaciones:

- Casos en los cuales el consentimiento de la víctima no puede tener lugar, como en la utilización de violencia o intimidación.
- Casos en los que la víctima consiente, pero su voluntad está viciada por alguna de las circunstancias que establece la ley, como ocurre en el caso del engaño o el abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad. La falsedad puede recaer también acerca de las condiciones de trabajo o de vida, el acuerdo económico el nivel de libertad personal del que dispondrá en su lugar de destino.
- Otras conductas en las que sí es posible conjugar la ejecución de la conducta delictiva cohabitando con el consentimiento de la víctima, lo que puede tener en algunas de las modalidades comisivas del tipo penal, como en el abuso de poder, el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o bien –y quizá de manera más típica– en la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. En este grupo de casos hay que decidir si es admisible invocar el consentimiento de la

---

Rev. 1397 (1995); R.A. DUFF, *Harms and Wrongs*, 5 Buff. Crim. L. Rev. 13 (2001). DON HERZOG, *Happy Slaves: A Critique Of Consent Theory* (1989) y Vera BERGELSON “The right to be hurt testing the boundaries of consent”, *George Washington Law Review*, Vol. 75, p. 165, 2007; Rutgers School of Law-Newark Research Papers No. 011. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=903422>

31 Meir DAN-COHEN: “Basic Values and the Victim’s state of mind”, 88 CAL.L.REV. 759, 770 (2000), op. cit. en Vera BERGELSON “The right to be hurt testing the boundaries of consent”, *George Washington Law Review*, Vol. 75, p. 165, 2007; Rutgers School of Law-Newark Research Papers No. 011. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=903422>.

32 También en esta línea, JESCHECK, Hans-Heinrich “*Tratado de Derecho Penal. Parte General*”, cuarta edición completamente corregida y ampliada, traducción de José Luis Manzanera Samaniego, Granada, Ed. Comares, 1993; p. 337/338.

víctima como factor que niegue lugar al castigo del sujeto que ejecuta las conductas típicas e incurre en alguna de las variantes antes señaladas<sup>33</sup>.

Una vez fijado el ámbito en el cual se sitúa el problema, haremos referencia a la idea plasmada en el Protocolo de Palermo, donde existe una regulación explícita que resta valor al consentimiento de la víctima como defensa por parte del imputado cuando se haya comprobado que operó alguno de los medios comisivos detallados en la definición del delito<sup>34</sup>. Esta misma regla aparece actualmente reproducida en el artículo 21 de la Ley 26.364, publicada en Argentina el 27 de diciembre de 2012<sup>35</sup>.

Sin embargo, a nivel interno puede pervivir la discusión en torno a la aceptación por parte de la víctima a las acciones y condiciones propuestas por el autor de la conducta. Para ello, el alcance que atribuimos a la disposición del Protocolo y que sería perfectamente acorde con lo que dispone nuestra legislación interna, es que en la elaboración del tipo penal de trata de personas no se haya considerado al consentimiento como factor que excluya de responsabilidad penal al autor. De acuerdo a este mínimo normativo, los Estados –como Chile– estarían cumpliendo con el precepto del Protocolo al no considerar dicha circunstancia al tipificar el delito.

Por ende y a pesar de lo que dispone la norma internacional, la respuesta a la interrogante sigue abierta y la propuesta es indagar en su respuesta a partir del bien jurídico protegido por el delito de trata de personas. Al respecto y a primera vista, se podría estimar que el interés jurídico–social que está detrás de la sanción de la norma es el de garantizar a una persona la *libertad* (tanto física como psíquica) de autodeterminación. Aquél plan de vida individual cuya libertad de elección busca defenderse a través del derecho penal debe conservar, en todo caso, un estándar que garantice un piso mínimo de dignidad para la persona. Es decir, esa elección no puede significar una opción que anule su libertad o la restrinja hasta límites intolerados por el Estado de Derecho. El ordenamiento jurídico internacional, a partir de sus normas de

33 Para poder arribar a este análisis debemos asumir que la víctima efectivamente presta su consentimiento y apreciarlo de manera separada en relación con la ejecución de la conducta del delincuente, ya que si optamos por sostener que siempre –o casi siempre– los motivos que llevan a una persona a ejecutar las conductas mencionadas en la norma incluyen al menos un mínimo de abuso de poder y/o un abuso de vulnerabilidad, entonces no estaremos en condiciones de desarrollar el cuestionamiento que se plantea. Por lo demás, en este sentido se encuentra el Informe de la Relatora, ya citado (p.25).

34 Artículo 3, inciso b), del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

35 La nueva disposición establece que “El consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores”.

más alta jerarquía y desde hace ya un buen tiempo, ha establecido este límite al prohibir todas las situaciones de esclavitud. Lo anterior queda de manifiesto en distintos tratados internacionales que regulan la materia<sup>36</sup>.

Desde esta mirada pareciera preciso asumir, entonces, que incluso la autodeterminación personal posee su límite en la prohibición de una voluntaria asunción de condiciones de vida que puedan ser consideradas esclavizantes o asimilarse a esa condición por guardar características afines. Por ello, la postura que aquí se propone es que el delito busca proteger algo más importante aún que la libertad del individuo, por lo que *ampara un interés de índole social que no puede resultar disponible individualmente*.

Por las razones y además teniendo en consideración que las hipótesis comisivas tipificadas en el delito de trata de personas revelan una afectación considerable en la voluntad de la víctima es que no se puede sino concluir que el consentimiento que exprese el ofendido en este ilícito no puede bajo ningún respecto tener un efecto exculpatario de la responsabilidad penal de sus autores, ya sea como una circunstancia que elimine la tipicidad de la conducta –al no poseer la norma referencia alguna al consentimiento– ni tampoco su antijuridicidad, en atención a la situación de indisponibilidad en la que se encuentra. En este mismo sentido, la posibilidad de que el consentimiento pudiera tener algún ámbito de eficacia en el delito de reducción a esclavitud, servidumbre o condición análoga –y para estos efectos homologable a la explotación sexual– fue descartada por la doctrina desde siempre. Por ello, la postura que aquí se expone, de acuerdo a lo señalado y en relación con –tal como se verá a continuación– el compromiso para la dignidad humana que implica aún someterse a las condiciones que la norma señala, es restarle toda eficacia al consentimiento expresado por la víctima.

#### **IV. Los bienes jurídicos protegidos en el delito de trata de personas**

Para comenzar este apartado, aludiremos a la noción de dignidad humana como objeto de protección en las distintas hipótesis que plantea la norma del artículo 411 quáter. Ya es sabido que las conductas sancionadas por ley como trata de personas deben constituir alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o ser ejecutadas para la extracción de órganos. En lo que respecta a la esclavitud y su inclusión en el tipo penal, ha sido

36 Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 4; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 6; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 6 y Convención sobre los Derechos del Niño, art. 19.1; además de otros compromisos internacionales de menor jerarquía.

históricamente definida como aquella situación mediante la cual se ejercía sobre un individuo *atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos*<sup>37</sup>.

Esa temprana definición del concepto, sin embargo, ha sido superada por concepciones y definiciones que se compatibilizan mejor con el avance de las sociedades modernas y las nuevas (malas) prácticas que se le incorporaron con el propósito de ejercer algún derecho de propiedad sobre el prójimo. Son situaciones que ostentan condiciones similares o análogas a la definida por la Convención de 1926 y están también expresamente prohibidas por las normas nacionales e internacionales. Dos de ellas son el trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera (definición sobre *trabajo forzado*, Convenio sobre trabajo forzado de 1930 de la OIT) o la prestación de servicios sexuales por dinero o remuneración (prostitución) cuando ella se realiza bajo el concierto o explotación de una tercera persona (artículo 1° del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena del año 1949).

Pese a la distinción que se puede efectuar entre las distintas hipótesis que la ley prevé, la similitud que presentan todas ellas con la de esclavitud no debería presentar muchas dudas. En este punto, en todo caso, se han presentado dos corrientes de opinión. Una que asocia todas las hipótesis del tipo penal con la esclavitud y otra que, en cambio, afirma la analogía de la esclavitud con el trabajo forzado o la servidumbre con la esclavitud, pero que no visualiza ni categoriza del mismo modo la concreción de servicios sexuales al concierto, o bajo la explotación de otro.

La segunda postura, que podríamos denominar diferenciadora, sin embargo, descuida que el concierto y explotación de la prostitución ajena, *afecta de igual modo la dignidad humana*. Así lo establece la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>38</sup> y el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949. Esta última norma internacional señala “*que la trata de personas con fines de prostitución es incompatible con la dignidad y el valor de la persona*” y resta toda importancia en sus artículos primero y segundo al valor del consentimiento de la persona mayor de edad. Esta posición, por ende, confunde dos conductas muy diferentes: *el ejercicio de la prostitución individual* y *la explotación de la prostitución por otros*. Al redactar la Convención Naciones Unidas para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución

37 Artículo 1° de la Convención sobre la Esclavitud de 1926, ONU.

38 Artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer incorporado por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, a saber “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”.

ajena (Convenio del año 1949) se entendió que la trata o tráfico de personas y la explotación de la prostitución ajena contemplan actividades de una industria global del sexo creciente, que son “incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana”<sup>39</sup>.

El concepto de dignidad humana está recogido a nivel internacional en múltiples tratados y consagrado en nuestra Constitución Política. Como bien jurídico, en cambio, no se encuentra reconocido en nuestra legislación, y su asunción como bien susceptible de protección es debatido, existiendo, en todo caso, opiniones a favor de esta postura<sup>40</sup>.

En cuanto a las concreciones legislativas de este planteamiento, ellas se orientan en dos direcciones, importando para nuestro estudio aquella que identifica un grupo infracciones que tendería específicamente a la protección de la dignidad del hombre, entre las que se encuentran precisamente el comercio de personas y esclavitud, delitos relativos a la prostitución, los atentados contra la identidad genética, entre otros<sup>41</sup>. Esta es la opción positiva que recoge el Código Penal francés, al tipificar bajo el epígrafe de *Atentados contra la dignidad de la persona*, entre otras conductas, el proxenetismo, la imposición de condiciones laborales o de hospedaje degradantes y la falta de respeto debido a la memoria de los muertos.

Pese a lo dicho, la dignidad humana como bien jurídico protegido encuentra el inconveniente de su vaguedad y que impide la determinación concreta de la conducta incriminada. Por su parte, el valor de la dignidad humana no coincide con la noción de derechos de la persona<sup>42</sup>. Una prueba de hecho, es que en nuestra Constitución, la dignidad humana se proclama –artículo 1º– fuera del apartado destinado a los derechos del individuo. Los derechos son realidades que tienen sentido cuando importan la posibilidad de traducirse en normas concretas y suponen una base fáctica a la cual reconducir las obligaciones específicas que de ellos derivan. La dignidad humana, en cambio, en la medida que se traduce en una condición inherente al ser humano, carece de aquel componente fáctico que es propio de los derechos y por ende no existe procedimiento que pueda privar a una persona de su dignidad<sup>43</sup>. Por lo

39 Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D46.pdf>

40 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2000, pp. 77. El autor cita la opinión de NOVOA (Cuestiones de Derecho Penal..., p. 120), quien sostiene que la Constitución chilena ofrece puntos de apoyo para elaborar un reconocimiento del valor y dignidad de la persona humana como bienes jurídicos protegidos.

41 MANTOVANI, Ferrando: *Diritto Penale. Parte Generale*, 2ª Ed. Papua, 1998, p. 18.

42 DOUCET, Jean Paul: *La protección pénale de la personne humaine*, Liège, Edit. de la U. de Liège, 1979, p. 29.

43 RODRÍGUEZ COLLAO, Ob. cit., p. 81.

anterior, es que de manera inmediata y directa la dignidad humana no podría ser considerada como objeto de protección en el delito analizado. Por último, como bien apunta RODRÍGUEZ COLLAO, la dignidad humana no se ve más afectada en un delito sexual –proyectable al ilícito en estudio– que en cualquier atentado contra la vida o la salud.

Nos inclinamos, en consecuencia, por estimar que la figura en estudio constituye un ilícito pluriofensivo. Existe, en primer lugar, una evidente afectación de la *libertad ambulatoria* y la *seguridad individual* de las víctimas. La libertad de actuación se ve seriamente afectada por las acciones ejecutadas por el autor de la conducta, a través de algunas de las hipótesis consagradas en la ley, lo que se traduce al mismo tiempo en un riesgo considerable para su seguridad personal. Lo anterior resultaba perfectamente sostenible en el antiguo delito de trata de blancas que se encontraba regulado en el artículo 367 bis del Código Penal, dentro de los delitos sexuales, respecto de los cuales la inmensa mayoría de los autores plantea que su estructuración tiene lugar en torno al concepto de libertad sexual<sup>44</sup>. Al ampliarse, en el nuevo artículo 411 quáter, posibilidades comisivas, se debe concluir que sigue siendo la libertad el bien jurídico principalmente tutelado, pero ya no limitado solamente al plano de la sexualidad, cuando las acciones tienen por finalidad someter a personas a situaciones distintas de la explotación en ese ámbito. Por último, no podemos dejar de considerar la nueva ubicación sistemática utilizada por el legislador para el nuevo delito de trata de personas, que es el título VIII del Código Penal, junto a los delitos de homicidio y lesiones, entre otros, lo que debe necesariamente interpretarse como la intención legislativa de proteger mediante este delito las potenciales afectaciones a la *integridad física* y a la *vida* de quienes sufren este tipo de atentados a sus derechos fundamentales. Con todo, dada la propia naturaleza de los bienes jurídicos comprometidos en el delito y lo dicho en el apartado anterior, concluimos asimismo que el consentimiento de la víctima no tiene incidencia alguna para relevar al autor de las conductas incriminadas en su responsabilidad en el delito

---

44 En el caso de los menores de edad que son víctimas de este tipo de delito, debe entenderse como interés tutelado su indemnidad sexual, entendida como el derecho de los menores a no experimentar perturbación o daño en sus aptitudes físicas, psíquicas o emocionales, como resultado del involucramiento en un contexto sexual.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
ANTICORRUPCIÓN

---



## ¿ES POSIBLE LA CALIFICACIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO RESPECTO DE LOS MARTILLEROS PÚBLICOS?

Yelica Lusic Nadal<sup>1</sup>

Producto de consultas efectuadas a nuestra Unidad acerca de la naturaleza jurídica de la función desarrollada por los martilleros públicos y de la adscripción de los mismos a la calidad de funcionario público, surgió la necesidad de conocer la normativa jurídica que regula esta actividad y conforme ella proponer una respuesta a las consultas efectuadas.

Entendiendo que dicho examen y conclusiones pueden resultar de interés para nuevas investigaciones, se reproduce en este trabajo.

### Concepto de Martillero Público

Para pronunciarse sobre la posible o probable calidad de funcionario público de los martilleros públicos, resulta necesario contar con un concepto que nos aclare la función o actividad desarrollada por éstos, descubriendo que la actividad de los mismos tiene regulación legal, concretamente en la Ley N°18.118, publicada el 22 de mayo de 1982, regulación que en su artículo 1° señala: *“Son martilleros las personas naturales o jurídicas inscritas en un registro, en conformidad a esta ley, para vender públicamente al mejor postor toda clase de bienes corporales muebles. Las ventas en pública subasta en que corresponda intervenir a la justicia ordinaria y a los jueces árbitros, se regirán por las disposiciones legales que les son aplicables. Los martilleros podrán ejercer su actividad en todo el territorio de la República”*<sup>2</sup>.

### Revisión de normativa relativa a los martilleros públicos

Como indicáramos anteriormente, para nuestro estudio resultó necesario precisar si el ejercicio de la actividad de martillero público tiene regulación legal, lo que efectivamente es así, y se encuentra contemplada en la Ley N°18.118, normativa que incorpora además un Reglamento, el cual consta en el Decreto Supremo N°197, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de

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

2 Ver siguiente link: [http://www.asociacionesgremiales.cl/wp-content/uploads/2011/11/Ley\\_18118.pdf](http://www.asociacionesgremiales.cl/wp-content/uploads/2011/11/Ley_18118.pdf)

28 de junio de 1985. Aprueba Reglamento de la Ley N°18.118 sobre el Ejercicio de la actividad de Martillero Público<sup>3</sup>.

Recordando que la actividad desarrollada por los martilleros públicos está referida a la venta pública al mejor postor de toda clase de bienes corporales muebles –Art.1 de la Ley N°18.118 y Art. 1° del Reglamento mencionado– y por lo anterior, enfrentamos el ejercicio de una actividad económica particular, la cual requiere que su titular –sea persona natural o persona jurídica– se inscriba en un Registro –Registro Nacional de Martilleros a cargo de la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción– y cumpla además con una serie de requisitos que contempla la ley<sup>4</sup>.

En relación al registro, este se verifica ante la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción, acompañando la documentación indicada en el Art. 2 del Reglamento citado<sup>5</sup>, entregándose un certificado a todas aquellas personas que acrediten cumplir con los requisitos que establece la ley y que no se encuentren en alguna causal de inhabilitación, que también precisa la Ley 18.118<sup>6</sup>.

- 
- 3 Ver link: <http://www.economia.cl/transparencia/documentos/DS%20197%201985.pdf>
- 4 Indican los artículos 2° y 3° de la Ley N°18.118 los requisitos que deben cumplirse para ejercer la actividad de Martillero Público: *“ARTICULO 2° Para ejercer la actividad de martillero, las personas naturales deberán acreditar los siguientes requisitos:*
- a) *Ser chileno o extranjero con permanencia definitiva en Chile;*
  - b) *Haber aprobado el ciclo de enseñanza media o acreditar estudios equivalentes, y*
  - c) *Contar con un capital propio de un monto igual o superior a mil quinientas unidades de fomento.*
- ARTICULO 3° Las personas jurídicas, para ejercer la actividad de martillero, deberán reunir los siguientes requisitos:*
- a) *Estar legalmente constituidas como sociedades, cuyo único objeto sea el señalado en el inciso primero del artículo 1°, y*
  - b) *Contar con un capital propio de un monto igual o superior a cuatro mil unidades de fomento”.*
- 5 Reglamento Martillero Públicos *“ARTÍCULO 2°.- Para comprobar los requisitos señalados en la Ley el interesado deberá adjuntar a su solicitud los siguientes documentos:*
- a. *Certificado de antecedentes para fines especiales.*
  - b. *Certificado de permanencia definitiva, en caso de ser extranjero; y copia autorizada de la escritura social vigente, debidamente inscrita, si se trata de una persona jurídica.*
  - c. *Certificado de la Sindicatura de Quiebra, Rol correspondiente;*
  - d. *Certificado de estudios que acrediten haber aprobado el ciclo de enseñanza media, o estudios equivalentes y*
  - e. *Comprobar el capital propio, pagado y de reservas, valiéndose de un estado de situación o balance, visados por un contador autorizado.*
- Dicha comprobación se efectuará acompañando los documentos sustentatorios necesarios para acreditar el capital exigido por la ley y, tratándose de mobiliario de casa o lugar de trabajo, un inventario valorado de los bienes”.
- 6 Ley 18.118 *Artículo 4° Estarán inhabilitados para desempeñarse como martilleros:*
- a) *Aquellos a quienes se les hubiere cancelado la inscripción para ejercer como tales.*
  - b) *Los menores de edad;*

En cuanto al ejercicio de la actividad del martillero, ella se regula en los artículos 12 al 18 de la Ley N°18.118, e igualmente queda especificada por el Reglamento antes mencionado, distinguiendo la normativa precisada entre remates al martillo y los remates judiciales. Precisando el Reglamento, respecto de los remates al martillo en su artículo 4°: *Un convenio entre el vendedor y el martillero deberá contener las condiciones del remate y los derechos y obligaciones de las partes en materia de gastos, comisiones, rendición de cuentas, garantías, y los efectos que produce el desistimiento, el que deberá darse por escrito, cuando opera antes de pregonarse el lote respectivo. Este acuerdo podrá constar en el recibo que debe entregar el martillero a su comitente al momento de tomar las especies que se le entregan para la subasta. Sin embargo, los martilleros deberán exhibir, en sus oficinas y locales de subasta, las condiciones del remate y la comisión que debe pagar el licitador, cuando fuere de cargo de este.*

En relación al último tipo de remate antes mencionado, se establece que para efectuarlos deben los martilleros encontrarse inscritos en un listado que prepara y actualiza la Corte de Apelaciones respectiva, registro especial en el cual sólo podrán inscribirse *“aquellos martilleros que acrediten, ante la respectiva Corte de Apelaciones, cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 2°, 3°, 4° y 5° y tener no menos de dos años consecutivos de ejercicio en la actividad”*, prescribe el Art. 20 inciso 2° de la mencionada ley<sup>7</sup>.

Por su parte, precisa el Art. 22 de la ley, en relación a los remates judiciales que: *“Art. 22° Las especies embargadas cuya subasta haya sido suspendida por resolución judicial y que permanezcan en poder del martillero por más de tres meses, contados desde la fecha de la suspensión, podrán ser rematadas por éste sin más requisitos que la publicación de los avisos que procedan legalmente.*

*Previamente deberá informar de ello al Tribunal con no menos de 10 días de anticipación a la fecha fijada para el remate. A menos que el juez disponga expresamente lo contrario, el remate se llevará a efecto en la fecha señalada.*

---

c) *El fallido no rehabilitado;*

d) *El que hubiere sido declarado en quiebra en su actividad de martillero, y*

e) *Los que hubieren sido condenados por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva, mediante resolución ejecutoriada”.*

*Artículo 5° Estarán inhabilitadas para ejercer la actividad de martillero, las sociedades en que la mayoría de sus directores o representantes legales estén, a su vez, inhabilitados para el ejercicio de dicha actividad”.*

7 Ley 18.118 *“Art. 20° Para los efectos de lo establecido en el artículo anterior, las Cortes de Apelaciones mantendrán un registro especial en el cual deberán inscribirse los martilleros interesados en realizar subastas judiciales.*

*Sólo podrán inscribirse en el registro aquellos martilleros que acrediten, ante la respectiva Corte de Apelaciones, cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 2°, 3°, 4° y 5° y tener no menos de dos años consecutivos de ejercicio en la actividad. El registro deberá renovarse íntegramente cada dos años y, en cada oportunidad, los martilleros interesados deberán actualizar sus antecedentes”.*

*La parte que solicite la suspensión del remate será obligada a pagar los gastos de avisos en que el martillero hubiere incurrido para anunciar el remate suspendido.*

*Asimismo, el acreedor que se adjudique los bienes embargados con cargo a su crédito será responsable, de acuerdo con las normas anteriores, del pago de la comisión, de los gastos por avisos y del impuesto al valor agregado, si lo hubiere. Si la adjudicación, fuere parcial, el acreedor será obligado en forma proporcional al valor de la adjudicación”.*

## **Calidad de funcionarios públicos de los martilleros públicos. ¿Son tales?**

Para responder la pregunta que planteamos en nuestra introducción debemos recordar lo dispuesto por el Art. 260 del Código Penal, que señala: “*Art. 260. Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular*”. Definición que entendemos fija los siguientes requisitos para enfrentar a un funcionario público, referidos a:

1. La relación del empleado con el Estado, que debe estar vinculado de algún modo lícito con éste, lo que según la jurisprudencia se ha entendido en forma amplia (planta, contrata, contrato de trabajo, honorarios).
2. Que ese empleado desarrolle una función pública, es decir que satisfaga necesidades sociales, y
3. Que el organismo al que pertenece el empleado se encuentre adscrito al Estado en alguna forma.

Asimismo sobre este aspecto tenemos presente la jurisprudencia existente sobre dicho concepto que ha indicado: “**CUADRAGÉSIMO CUARTO.**- *Que, según se desprende del artículo 260 transcrito, el concepto que interesa es susceptible de desglosarse en dos elementos constitutivos principales, a saber: a) El empleado público, para ser tal, debe ejercer “un cargo o función pública”, y b) Tal quehacer debe servirse en un “organismo creado por el Estado o dependiente de él”, sea o no de elección popular. CUADRAGÉSIMO QUINTO.*- *Que el legislador penal no ha definido lo que debe entenderse por “cargo público”, pero sí lo ha hecho el Estatuto Administrativo, contenido en la ley N°18.834, de 1.989, cuyo artículo 3°, letra a) puntualiza que es tal “aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1°, a través del cual se realiza una función administrativa”. En general, las instituciones concernidas en el precepto son los servicios públicos centralizados o descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa. Pues bien, la defensa de los encausados acierta cuando sostiene que las personas que se desempeñan sobre la base de honorarios, no son*

*funcionarios públicos para los efectos del Estatuto Administrativo, atendido que el artículo 10 de su texto vigente al tiempo de los hechos – en su inciso final, los margina expresamente de la aplicación de sus normas, remitiéndose a las reglas que establezca el respectivo contrato. Empero, no puede olvidarse que la disposición penal que interesa extiende el concepto de empleado público, disyuntivamente, a quienes ejercen una “función pública” y no ya sólo en la Administración del Estado, sino también en otros organismos creados por o dependientes del mismo Estado, ampliando de este modo la cobertura del artículo 260, en términos de comprender en ella situaciones que claramente desbordan la noción técnica restringida que la legislación administrativa confiere a la voz “funcionario público”. **CUADRAGÉSIMO SEXTO.**– Que, en efecto, al ser posibles de cometer delitos ministeriales no sólo las personas que ocupan un cargo público, sea de planta o a contrata, sino también aquellas que adscriben a una “función pública”, la condición de potenciales sujetos activos de esta categoría de ilícitos se ha ensanchado ostensiblemente, para encerrar en la noción correspondiente a todos los que cumplen tareas en el sector público –y no tan sólo en la Administración del Estado– con el solo requisito de prestar servicios en un órgano del Estado, aun ajeno al Poder Ejecutivo. Así sucede con los parlamentarios, encargados inequívocamente de “funciones públicas” en órganos de creación estatal, según el amplio alcance que a esta noción atribuye el actual artículo 8° de la propia Carta Fundamental, sin que la circunstancia de ser los primeros elegibles por votación popular, altere esta conclusión, por expresa formulación en tal sentido en el acápite final del artículo 260, analizado. A similar deducción, relativa al alcance amplio de dicho precepto, arriba Etcheberry (Etcheberry, Alfredo, “Derecho Penal”, Parte Especial, EJCH, T. IV, 3ª. ed., 1.997, pág. 206). **CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO.**– Que la expresión “función pública” significa “función del Estado”, enfoque desde el cual cabe hablar de una función pública legislativa, administrativa y judicial, siendo bastante, para ser titular de ella, con disponer de investidura suficiente, emanada de autoridad competente. En esta perspectiva, ninguna relevancia tiene que el empleado ocupe o no un cargo público o que lo sirva a honorarios o incluso “ad honores”, en la medida que el propio legislador ha restado toda importancia a este factor remuneratorio como antecedente para elaborar su concepto, en la disposición penal tantas veces citada”<sup>8</sup>.*

## Conclusión

Conforme a lo antes examinado y teniendo presente además que los martilleros públicos no se encuentran considerados como Auxiliares de la Administración de Justicia, en el Título XI del Código Orgánico de Tribunales, entendemos que los martilleros no constituyen un tipo de funcionario público, conclusión a la cual arribamos tanto por la actividad desempeñada, la cual

<sup>8</sup> En este sentido, sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 19/05/2008, Rol N°2.321-07, que ratifica la condena por fraude al Fisco de Carlos Cruz, Raúl Herrera y Sergio Cortés.

sostenemos es de índole particular, venta de de especies corporales muebles en pública subasta –sea porque se lo solicita un particular o bien porque es designado por un Tribunal de la República, en el evento de encontrarse registrado en la Corte de Apelaciones respectiva– y no enfrentamos una actividad de carácter público<sup>9</sup>; como igualmente teniendo en consideración el enfrentar una actividad que no se encuentra adscrita a un organismo creado por el Estado o perteneciente a él, por cuanto la exigencia contemplada en la normativa que regula su ejercicio, referida a la obligación de registrarse en un listado o Registro que al efecto lleva la Subsecretaría de Economía Fomento y Turismo actuales, y registrarse, además, en otro listado que lleva la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva, no permite sostener que los martilleros sean empleados o funcionarios de la individualizada Subsecretaría o bien de la Corte de Apelaciones de que se trate, como tampoco de ningún otro organismo estatal, de forma que no concurre a su respecto alguna de las condiciones que exige la ley para entenderlos como funcionarios públicos para efectos penales.

---

9 En el sentido que la define la Convención Interamericana contra la Corrupción en su Art. 1°: “Función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado, o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

**COMENTARIO DE SENTENCIA DE LA I. CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA  
ROL N°343-2012 DE FECHA 25/09/2012 Y DEL DICTÁMEN N°55.587 DE  
FECHA 6/12/2007  
“EFECTOS DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS”**

*Claudia Ortega Forner<sup>1</sup>*

---

## **1. Introducción**

El sistema sancionatorio penal persigue, entre otros objetivos, prevenir que las personas incurran en las conductas tipificadas penalmente, ante el conocimiento de las consecuencias punitivas a que se exponen, así como evitar que un determinado delincuente quede en situación de repetir su conducta contraria a los intereses de la sociedad.

En los delitos cometidos por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, se busca proteger el recto ejercicio de la función pública, atendida la naturaleza de los cargos que detentan y las consecuencias que pueden derivarse de sus actos, en los que se afecta el bien común. Es por lo anterior que el legislador ha considerado sanciones de carácter corporal, o privativas de libertad, y otras restrictivas o privativas de derechos, que se imponen en carácter de principales, pudiendo establecerse en forma única o en conjunto con las corporales o pecuniarias. Dichas penas son la suspensión e inhabilitación absoluta o especial para el desempeño de cargos u oficios públicos.

Tales sanciones penales pueden ser más eficientes –en este tipo de delitos– que las privativas de libertad, con el objeto de evitar que quienes han sido revestidos de determinados cargos para cumplir una función pública, hagan uso de su potestad funcionaria en beneficio propio o de terceros, en perjuicio de los intereses de la comunidad que les corresponde resguardar. La suspensión del cargo o la inhabilitación en sus distintas modalidades, según la gravedad del delito, debería poder cumplir la función preventiva de la pena a la que nos hemos referido precedentemente.

En ese contexto, se ha estimado pertinente analizar un fallo que recientemente ha sido dictado por la I. Corte de Apelaciones de Rancagua, que limita el alcance de las referidas penas privativas de derechos, como consecuencia de

---

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

la aplicación de beneficios de la Ley N°18.216, lo que analizaremos en este trabajo desde una perspectiva crítica, atendida la importancia que entendemos deben tener estas penas, especialmente cuando están impuestas como penas principales, así como los efectos de una condena, respecto del desempeño en la Administración Pública. Dentro del análisis incluiremos un dictamen del Contralor General de la República, del año 2007, que tiende a efectuar un razonamiento similar al efectuado por la Corte.

## **2. Sentencia del Juzgado de Garantía de Litueche, recaída en causa RUC N°0919910679-9 / RIT 130-2009**

Con fecha 13 de agosto de 2012, el Juzgado de Garantía de Litueche, VI Región, dictó sentencia condenatoria en contra del ex alcalde de esa comuna, Gastón González, por el delito de malversación de caudales públicos, sancionándolo con una pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, 541 días de suspensión en su grado medio para cargos y oficios públicos y al pago de una multa de cinco unidades tributarias mensuales, en procedimiento abreviado.

Se le concedió el beneficio de la remisión condicional de la pena, quedando sujeto a observación y control de Gendarmería por dos años.

Dentro de las alegaciones planteadas, previo a la dictación de la sentencia, la defensa solicitó la omisión en el certificado de antecedentes de las anotaciones a que diere origen la sentencia condenatoria, en especial la inhabilitación para ejercer cargos y oficios públicos, amparándose en el Art. 38<sup>2</sup> de la Ley N°18.216. Fundamentó dicha solicitud en el hecho que de omitirse las penas principales, con mayor razón deberían omitirse las accesorias.

Por su parte, la fiscalía se opuso a la solicitud, amparándose en el Art. 1° de la Ley N°18.216, que hace extensivos los efectos de dicha norma, exclusivamente a las penas privativas de libertad.

El Tribunal desechó la solicitud de la defensa, frente a lo cual esta última presentó recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de primera instancia, sólo en aquello que hacía referencia a la denegatoria de acoger la solicitud de omisión de antecedentes.

2 En realidad la referencia debía haberse hecho al Art. 29 de la Ley N°18.216, el cual se encontraba vigente a esa fecha, puesto que el Art. 38, que contiene la misma redacción, tenía vigencia diferida luego de que la ley fuera modificada.

### 3. Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 25/09/2012, Rol N°343-2012

El Tribunal de Segunda Instancia confirmó el fallo de Garantía, no obstante revocó en aquello relativo a la denegatoria de omitir antecedentes, de acuerdo con los siguientes fundamentos:

*“1. Que para acceder a la petición de la defensa debe tenerse en cuenta que una cosa es el ámbito de aplicación de las medidas alternativas contempladas en la Ley 18.216 y otra distinta es el efecto que el otorgamiento de esas medidas produce conforme a lo dispuesto en el artículo 29 de la señalada Ley según su texto actualmente vigente.*

*2. Que, en efecto, por más que las medidas alternativas se refieran exclusivamente a las penas corporales, el artículo 29 citado contiene dos efectos que esa concesión produce respecto de las anotaciones a que da origen la sentencia condenatoria. Al normar esta materia, el citado artículo 29 no hace ninguna distinción respecto del contenido de la sentencia condenatoria, de suerte que el intérprete no puede hacerlo, y es todo ese contenido el que queda sujeto a lo que ahora se previene con relación a las anotaciones, según se dirá.*

*3. Que, así las cosas, lo que el primer inciso del artículo 29 regula es la omisión en los certificados de antecedentes, y sólo en ellos, de las anotaciones de la sentencia condenatoria: esto es, de todas las anotaciones y por ende de toda la condena. Esa disposición no se refiere al extracto de filiación sino sólo a los certificados de antecedentes, que es cosa distinta, por lo cual es correcto ordenar el registro de la condena, pero no lo es negar lugar a la petición de que esa sanción no conste en los certificados de antecedentes.*

*4. Que, el inciso segundo del mismo artículo regula un efecto similar, pero más amplio, una vez que se han cumplido las medidas alternativas, y ese inciso ilumina también el sentido del primero, porque al disponer que los “antecedentes prontuarios” quedan eliminados en forma definitiva, salvo en los certificados que el inciso tercero indica, es evidente que se está refiriendo al contenido completo de la condena, y no sólo a las penas que fueron convertidas en medida alternativa. Ello, primero, porque el texto no distingue según ya se dijo y luego porque no tendría ningún efecto positivo para el condenado la mencionada norma, si su condena constara igualmente, con indicación del delito de que se trata agregándose la mención de las penas no corporales. El espíritu de la norma, más allá de cuál haya sido la intención de legislador en su momento, coincide con su letra y así, los dos incisos del artículo 29 se refieren a un efecto que abarca la totalidad del contenido resolutivo del fallo condenatorio.*

*5. Que, por fin, sólo cabe agregar que la historia fidedigna de la Ley 20.603 es irrelevante al efecto, porque si no es esa la norma que ahora aplicamos, entendiendo que, según su artículo 8° transitorio no estaría aún vigente, regiría el artículo 29 de la Ley 18.216, al cual no se refiere la señalada historia. Si se entendiera, en cambio,*

*que rige la modificación de la Ley 20.603, es claro que según esa historia fidedigna se advirtió a los legisladores de la comisión que podían en forma expresa señalar que quedaran excluidas las penas no corporales de la disposición del artículo 38, y sin embargo, esa exclusión no se encuentra en el texto legal.*

*Y visto además lo dispuesto por el artículo 358 del Código Procesal Penal, se confirma en lo apelado la sentencia de trece de agosto de dos mil doce, complementada el 21 de agosto de 2012, dictada en autos RIT 130-2009, por el Juzgado de Garantía de Litueche, con declaración de que si bien la pena de suspensión de cargo u oficio público debe anotarse en el registro respectivo, deberá omitirse su mención en los certificados de antecedentes que solicite el interesado”<sup>3</sup>.*

#### **4. Dictamen N°55.587 de fecha 6/12/2007 de la Contraloría General de la República**

Este dictamen fue emitido por la Contraloría General de la República, en respuesta a una solicitud efectuada por el alcalde de Cartagena, quien procedió a contratar a un funcionario que había sido tres veces condenado por manejo en estado de ebriedad, en un cargo directivo de la municipalidad de esa comuna.

*“Se ha dirigido a esta Contraloría General, el Alcalde de la Municipalidad de Cartagena, solicitando la reconsideración del oficio N°5.172, de 2007, de la Contraloría Regional de Valparaíso, por medio del cual, atendiendo una consulta de dicha autoridad, se expresó que, en consideración a la existencia de una condena que afectó a don A.A. y de acuerdo a lo previsto en el artículo 64 de la ley N°18.575, éste se encontraba inhabilitado para continuar desempeñando, en la indicada entidad edilicia, el cargo de Secretario Comunal de Planificación.*

*Sobre el particular, el ocurrente sostiene en su presentación que, como consecuencia de la referida condena, el señor A.A. presentó, el día 2 de enero de 2007, la renuncia al aludido empleo, la que le fue debidamente aceptada, por medio del decreto N°2, de igual fecha, de la indicada Corporación Municipal.*

*Pues bien, dado que posteriormente dicha persona acompañó un certificado del Registro Civil e Identificación en el que no se registraba ninguna anotación que impidiera su ingreso a la Administración, y atendida la necesidad de contar con sus servicios, a través del decreto N°652, de 11 de mayo de 2007, de la Municipalidad de Cartagena, se procedió a designarlo, a contar del 8 de mayo de 2007, en el mismo cargo que servía antes de su dimisión, esto es, en el de Secretario Comunal de Planificación.*

*... En relación con la materia, es necesario manifestar que, según lo prescrito en el artículo 54, letra c), de la ley N°18.575, Orgánica Constitucional de Bases*

3 Corte de Apelaciones de Rancagua, 25/09/2012, Rol 343-2012.

*Generales de la Administración del Estado, no pueden ingresar a desempeñar cargos de la Administración las personas que se hallen condenadas por crimen o simple delito.*

*Del mismo modo, en el artículo 10, letra f), de la ley N°18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, se dispone que para ingresar a una municipalidad es necesario no hallarse condenado por crimen o simple delito.*

*Como puede advertirse, el impedimento para ingresar a la Administración Pública y, en lo que ahora nos ocupa, a una municipalidad, está dado por la existencia de una sentencia condenatoria por un crimen o simple delito en contra de la persona de que se trate.*

*En este sentido, es necesario anotar que resulta válido entender, tal como lo hizo la Contraloría Regional de Valparaíso al emitir su oficio N°5.172, de 2007, que ninguna persona que haya sido objeto de alguna condena, puede ingresar a la Administración, más aún si, como ocurre en la especie, el interesado ha sido condenado en más de una oportunidad.*

*Ahora bien, a propósito de la solicitud de reconsideración en examen, se ha efectuado un nuevo estudio de la situación que nos ocupa, pudiendo apreciarse que las dos primeras condenas que afectaron al señor A.A., no constituían obstáculo para que el indicado Alcalde lo designara, por primera vez, en un cargo municipal, ya que, respecto de la primera de ellas, aquél gozaba de los beneficios establecidos en la ley N°18.216 y, en cuanto a la segunda, del derecho que le confiere el artículo 21 de la ley N°19.628, sobre Protección de Datos de Carácter Personal.*

*...Al respecto, resulta forzoso destacar que, según lo ordenado en el inciso primero del artículo 29 de la ley N°18.216, el otorgamiento por sentencia ejecutoriada de alguno de los beneficios previstos en ese texto legal, esto es, remisión condicional de la pena, reclusión nocturna o libertad vigilada, a quienes no hayan sido condenados anteriormente, tiene mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que dio origen la sentencia condenatoria.*

*Conforme a lo señalado en el inciso segundo de la misma disposición legal, el cumplimiento satisfactorio de las citadas medidas alternativas produce la eliminación definitiva de tales antecedentes prontuarios, “para todos los efectos legales y administrativos”.*

*En este orden de ideas, resulta útil anotar que esta Contraloría General a través de sus dictámenes N°s. 12.919, de 1990, 25.411, de 1994 y 34.348, de 2002, entre otros, ha precisado que la concesión de alguno de los beneficios de que trata la ley N°18.216, cuando se traduce, conforme a lo prescrito en el artículo 29 de ese texto legal, en la omisión de antecedentes prontuarios, tiene el alcance de hacer desaparecer los efectos de la condena, de modo que debe considerarse al favorecido como si no la hubiese sufrido, para todos los efectos legales y administrativos.*

*Ahora bien, teniendo en consideración lo ya expresado y en especial lo dispuesto en el artículo 29 de la ley N°18.216, corresponde informar que la primera condena que afectó al señor A.A., como consecuencia de haberse otorgado en ella uno de los beneficios consagrados en dicho cuerpo legal, no lo inhabilitó para que pudiera ser designado en el cargo en estudio, toda vez que ella no pudo ser incorporada en el certificado que se debe tener en consideración para disponer su nombramiento y, por consiguiente, no pudo inhibir esa decisión administrativa.*

*Por otra parte, en cuanto a la segunda condena que afectó al señor A.A., es necesario hacer presente que, según los antecedentes acompañados en esta oportunidad, aparece que, una vez satisfecha la multa que le fue impuesta, aquél hizo uso del derecho que le confiere el artículo 21 de la mencionada ley N°19.628, según el cual los organismos públicos que sometan a tratamiento datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena.*

*Pues bien, conforme a lo anterior —según informe que ahora se acompaña—, el Servicio de Registro Civil e Identificación omitió registrar en el certificado de antecedentes de dicha persona, las dos penas precedentemente aludidas, lo que permitió su ingreso al cargo municipal de que se trata.*

*Finalmente, en cuanto a la sentencia de 15 de diciembre de 2006, emitida por el Juzgado de Garantía de San Antonio, esto es, a la época en que el señor A.A. ya poseía la calidad de funcionario de la Municipalidad de Cartagena, y en cuya virtud aquél fue condenado por tercera vez, es necesario hacer presente que un estudio de los efectos que ella ocasionaba en su calidad de servidor público, permite afirmar que, tal como lo expresó la Contraloría Regional de Valparaíso, aquél debía cesar en su empleo.*

*Al respecto, es útil destacar que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 64 de la ley N°18.575, si un funcionario es condenado por un crimen o simple delito, debe presentar su renuncia, dentro del plazo de diez días, al respectivo cargo o función.*

*En estas condiciones, cabe señalar que en atención a lo prescrito en la referida norma legal y a los antecedentes aportados por la indicada autoridad edilicia en su primera solicitud de pronunciamiento, que daban cuenta de esta última condena impuesta a la persona de que se trata, la citada Contraloría Regional, en aplicación de lo ordenado en dicho precepto orgánico, procedió a declarar que, en la especie, se había configurado la inhabilidad sobreviniente prevista en el citado precepto legal.*

*En consideración a lo expresado, en el oficio N°5.172, de 2007, en examen, se concluyó que el mencionado servidor se encontraba impedido para continuar ejerciendo el empleo que, hasta ese momento, desempeñaba, tal como, de acuerdo a la mencionada preceptiva, correspondía y como, efectivamente, sucedió ya que, según los*

*documentos tenidos a la vista, el señor A.A. presentó su renuncia a la plaza que desempeñaba.*

*Precisado lo anterior, es necesario manifestar que, efectuado un análisis de los nuevos antecedentes acompañados por el peticionario en su solicitud de reconsideración, en especial del informe del Servicio de Registro Civil e Identificación, se ha podido apreciar que la sentencia de 15 de diciembre de 2006, del Juzgado de Garantía de San Antonio, antes mencionada, también fue omitida del correspondiente certificado de antecedentes, toda vez que, nuevamente, el señor A.A. se amparó en el derecho que, para tales fines, le confiere el ya citado artículo 21 de la ley N°19.628, por lo que el nombramiento dispuesto por el Alcalde ocurrente con posterioridad a ella, no puede ser objetado en consideración a la existencia de dicha resolución judicial.*

*En relación con lo anotado, es menester hacer presente que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 del decreto N°64, de 1960, del Ministerio de Justicia, el certificado de antecedentes “es un documento público que acredita si una persona determinada registra anotaciones judiciales en su prontuario”, de lo que se colige que si este instrumento es emitido con exclusión de tales anotaciones, en virtud de una disposición legal que así lo ordena, el favorecido con la omisión o eliminación de esos antecedentes prontuarios debe ser considerado como si no hubiese sufrido condena alguna, para todos los efectos legales y administrativos.*

*En este sentido, cabe recordar que aquel certificado es el documento que la correspondiente autoridad, debe tener a la vista para los fines que nos ocupan, como quiera que a través de él se acredita oficialmente la existencia de cualquier condena y, por ende, la omisión de ellas, realizadas conforme a derecho, implica que no deben tenerse por existentes para los fines de que se trata.*

*En consecuencia, cumple esta Contraloría General con informar que la última condena de que ha sido objeto don A.A., no ha constituido un impedimento para que el Alcalde de la Municipalidad de Cartagena haya dispuesto su nombramiento en el cargo de Secretario Comunal de Planificación.*

## **5. Comentario**

A modo de síntesis, tanto la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua como el dictamen de la Contraloría General de la República, han hecho extensivo el efecto de las disposiciones de la Ley N°18.216 tanto a las penas privativas de libertad, como a aquellas privativas de derecho, argumentando, entre otras cosas, que el legislador no ha distinguido al momento de tratar la omisión de antecedentes del Art. 29 de la referida norma, y por ende, estos deben omitirse siempre que sean omitidas también las penas privativas de derecho.

Lo anterior, trae como consecuencia práctica, que se ignoren o eliminen los efectos jurídicos de una condena por crimen o simple delito cuando recae en

un funcionario público, además de hacer inaplicables las penas privativas de derechos, que han sido concebidas en carácter de principales por parte del legislador para cierta categoría de delitos, sin perjuicio de su imposición en calidad de accesorias para la generalidad de los delitos, como lo disponen los Art. 27 y siguientes del Código Penal.

La jurisprudencia judicial y administrativa antes expuesta, a nuestro juicio ha efectuado una errónea interpretación de la Ley N°18.216, en relación con la aplicación efectiva del Código Penal, y las normas contenidas en la Ley Orgánica de Bases Generales de Administración del Estado, como se intentará explicar a continuación.

#### a. Pena principal y pena accesoria

Primeramente, creemos que a lo menos se deben distinguir los casos en que la pena restrictiva de derechos sea impuesta en carácter de principal de aquellos en que el legislador las establece como pena accesoria, de acuerdo con las reglas generales.

Las penas privativas de derechos a las que nos referimos, son penas de inhabilidad y suspensión, como genéricamente las describe el Código Penal en su artículo 59.

Luego, estas penas tendrán distintos matices, tanto en cuanto a su duración en el tiempo (temporal o perpetua) como en cuanto al fondo (para ejercer cargos y oficios públicos (de forma especial o absoluta), derechos políticos y profesiones titulares, desempeñarse en establecimientos educacionales).

Sostenemos que estas penas tienen el carácter de principales, a propósito de determinados delitos como los funcionarios o los sexuales, especialmente, respecto de estos últimos, aquellas señaladas en el Art. 372 del Código Penal. Es decir, son impuestas por el legislador en razón del injusto, y no como accesorias a la pena principal contemplada en la ley para ese delito. Por ello, el legislador las ha señalado expresamente como sanción para ciertos ilícitos.

Es así como, en el caso de la pena de inhabilitación, el legislador la ha señalado en forma expresa como pena copulativa de la pena privativa de libertad en ciertos delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, en los que ha estimado necesario imponerlas especialmente, otorgándole al juez la posibilidad de moverse, para su determinación judicial, dentro de un rango temporal independiente a aquel que haya determinado para la pena privativa de libertad, y que oscila entre un grado mínimo y la perpetuidad<sup>4</sup>.

4 Así ocurre en el delito de malversación de caudales públicos del Art. 233 CP; fraude al fisco del Art. 239 CP; negociación incompatible del Art. 240 CP; tráfico de influencias

Lo mismo ocurre en el caso en que el legislador ha previsto como pena la de suspensión<sup>5</sup>.

Luego, respecto de otros delitos funcionarios, en los cuales el legislador no ha estimado conveniente sancionarlos con una pena privativa de derechos –de forma principal–, ha optado por ello, señalando sólo una pena privativa de libertad y multa<sup>6</sup>.

En este último caso, sin embargo, también deberá existir una pena privativa de derechos, pero esta vez impuesta en carácter de accesoria, de acuerdo con las reglas generales del Art. 22 del Código Penal, en cuanto señala que las penas de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares en los casos en que no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que otras penas las lleven consigo. De este modo, los artículos 27 y siguientes del referido cuerpo normativo, determinan los casos en que dichas penas van aparejadas a la pena privativa de libertad, y por ende, tienen un carácter accesorio, estando su duración determinada por el tiempo de duración de la pena privativa de libertad.

#### b. Ley sobre medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, N°18.216

El Artículo 1° de la Ley N°18.216 establece que la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá suspenderse por el tribunal que las imponga, al conceder alguno de los beneficios alternativos que la misma norma indica.

El texto es claro, los efectos de la ley tienen por objeto suspender la ejecución de una pena privativa de libertad, y no eliminar u omitir el hecho de estar una persona condenada.

Luego, en su artículo 29, la ley dispone que el otorgamiento por sentencia ejecutoriada de alguno de los beneficios alternativos que la norma contempla a personas que no hayan sido condenadas anteriormente por crimen o simple

---

del Art. 240 bis; exacciones ilegales del Art. 241; enriquecimiento ilícito del Art. 241 bis; cohecho del Art. 248 bis, 249 y 250 CP; enriquecimiento ilícito del Art. 241 bis, por mencionar las figuras más importantes en relación con delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Lo mismo sucede en el Art. 372 CP, a propósito de los Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual.

5 Es el caso de la malversación de caudales públicos en las modalidades de los Art. 234, 236 y 237 CP y el cohecho del Art. 248 CP.

6 En esta situación se encuentran los delitos de infidelidad en la custodia de documentos de los Art. 242, 243 y 244 CP; la revelación de secretos de los Art. 246 y 247 CP y el uso de información privilegiada del artículo 247 bis.

delito, tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que dio origen la sentencia condenatoria.

El fallo en comento ha entendido, equivocadamente a nuestro juicio, que dichas anotaciones corresponden a todas las contenidas en la sentencia, aludiendo a que la norma no distingue, y por ende no correspondería al intérprete distinguir.

Sin embargo, estimamos que la distinción se realiza al momento de fijar el alcance de la ley, en el artículo 1° antes citado.

Al respecto, a propósito de la reciente modificación de la Ley N°18.216, el punto se abordó directamente, a propósito de la discusión sobre el Art. 38, el cual replica la norma contenida en el antiguo Art. 29, conservándolo en los mismos términos.

En efecto, en la historia de la referida norma, el Senador Patricio Walker planteó: *“(...) que una persona que es condenada a una pena sustitutiva puede serlo también a una sanción de otro tipo, como, por ejemplo, la inhabilidad para ejercer cargos pedagógicos con niños o niñas.”* Indicando que *“de la redacción que se propone, podría concluirse que se borrarán todos los antecedentes del condenado, incluyendo los que dicen relación con la posible pena accesoria de inhabilidad. Esto, dijo, en la práctica la haría ilusoria, ya que –en el ejemplo dado– la única forma en que los colegios podrían conocerla sería solicitando al candidato al cargo de profesor un certificado de antecedentes penales”*.

Al respecto, el Ministro de Justicia explicó que *“(...) la regla general para todo el resto de las penas es que la omisión de antecedentes se hace una vez que las penas se cumplen o, a lo menos, una vez que transcurre el plazo de duración que se impuso, por lo que si en este caso hay una inhabilidad vigente, ella aparecerá en los antecedentes hasta que se cumpla el termino establecido en la condena”*.

Por su parte, la Subsecretaria de Justicia reiteró que: *“(...) no se está innovando en esta materia, pues la norma propuesta es equivalente al actual artículo 29 de la ley N°18.216, disposición que no genera el problema mencionado”*.

Complementariamente, el abogado y profesor, Jorge Boffil, manifestó que: *“(...) esta ley establece un sistema de sustitución de las penas privativas de libertad y no de otro tipo de sanciones, como las inhabilidades a que se ha hecho referencia.*

*Por tanto, no debería producirse en este caso el efecto que se ha consignado, aunque en todo caso podría dejarse constancia expresa de ello en la ley”*.

Finalmente, el Senador señor Patricio Walker indicó: *“que estaría dispuesto a aprobar la norma, en el entendido que las explicaciones anteriores dilucidan el tema y dejando expresa constancia de las mismas en el presente informe”*.

En consecuencia, hubo acuerdo para acoger la proposición del Ejecutivo con modificaciones de tipo formal y con la constancia anteriormente requerida por el Senador Walker<sup>7 8</sup>.

Como lo refiere la Subsecretaría de Justicia, la norma se mantiene igual que la anterior, y por ende, la interpretación debiera ser la misma tanto con la norma antigua, como con aquella nueva, las cuales no difieren entre sí.

Desde la perspectiva de la vigencia, si bien las modificaciones efectuadas a la Ley N°18.216, tendrán una vigencia diferida, la norma en comento, al mantenerse igual, debe entenderse vigente considerando la voluntad del legislador al momento de discutir la ley. Más aún, siempre debió interpretarse como lo ha querido el legislador, ya que la misma explicación proporcionada por la Subsecretaría de Justicia así lo demuestra: “(...) *no se está innovando en esta materia, pues la norma propuesta es equivalente al actual artículo 29 de la ley N°18.216, disposición que no genera el problema mencionado*”.<sup>9</sup>

Consecuencialmente, existiendo texto expreso, e incluso historia legislativa donde se manifiesta la voluntad del legislador, lo más razonable sería estimar que las penas restrictivas de derecho, impuestas en carácter de principal, no deben ser omitidas del certificado de antecedentes. En todo caso, aun cuando lo fueren, esta omisión no produciría el efecto de quitar eficacia a la condena, puesto que lo que se ha suspendido es la ejecución de la pena de privación de libertad, y no aquella que suspende o inhabilita.

Esto cobra más sentido aún si se considera que para algunos delitos el legislador ha contemplado la pena de inhabilitación perpetua, la que al no tener un carácter temporal jamás podrá omitirse, ni eliminarse, puesto que se mantiene para siempre.

### c. Ley Orgánica de Bases Generales de Administración del Estado, N°18.575

La Ley Orgánica de Bases Generales de Administración del Estado, en su Art. N°54 letra c), dispone que sin perjuicio de las inhabilidades especiales que establezca la ley, no podrán ingresar a cargos de la Administración del Estado las personas que se hallen condenadas por crimen o simple delito. Es decir, esta norma, de rango orgánico constitucional, establece una inhabilidad para el ingreso a la Administración del Estado para cualquier persona condenada por crimen o simple delito. Esta disposición se complementa con aquella del

7 Historia de la Ley N°20.603, pp. 726 y 727. En: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?anio=2012](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?anio=2012)

8 Los fundamentos del Juez de Garantía de Litueche se basaron en esta discusión parlamentaria.

9 Historia de la Ley N°20.603, pp. 727. En [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?anio=2012](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?anio=2012)

Art. 64 de la misma ley, que se refiere a las inhabilidades sobrevinientes, que deberán ser declaradas por el afectado, quien luego deberá presentar su renuncia al cargo.

Ello implica que una norma establecida por una ley orgánica constitucional, está siendo vulnerada por una ley común, como es la que establece medidas alternativas de cumplimiento de penas privativas de libertad. La contradicción entre ambas normas puede ser superada desde la teoría constitucional, ya sea desde la perspectiva de la jerarquía o de la competencia. Sin perjuicio de ello, sea cual fuere la tesis que se adopte, es indudable que la ley orgánica presenta particularidades que le imponen una situación claramente diferenciada con respecto a la legislación común.<sup>10</sup>

Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, "...las leyes orgánicas constitucionales han sido incorporadas a la Carta Fundamental, restrictivamente y en forma muy excepcional, para regular, en lo medular, ciertas instituciones básicas con el propósito de dar estabilidad al sistema de gobierno y evitar el riesgo de que mayorías ocasionales lo puedan alterar" ("Plantas de la Contraloría", Rol 160).<sup>11</sup>

En consecuencia, creemos que debe respetarse la norma orgánica constitucional, por cuanto en este caso, regula los requisitos para el ingreso a desempeñar un cargo en la administración del Estado, y no proceder a una interpretación que conlleve a anular sus efectos, como el caso en comento.

A mayor abundamiento, la Ley N°18.575 es posterior a la Ley N°18.216, por lo que de entenderse que se eliminan los efectos de la condena en forma absoluta por aplicación del Art. 29 de esta última, ello sólo podría entenderse hasta la entrada en vigencia de la ley posterior, que además, tiene rango orgánico constitucional, en el año 1986.

## 6. Conclusiones

Del breve análisis efectuado de la jurisprudencia comentada, es posible sintetizar los aspectos más relevantes:

- Las penas de suspensión e inhabilitación son penas principales en aquellos delitos respecto de los cuales el legislador las ha señalado expresamente, es decir, cuando dicen relación con la sanción del injusto en particular. De esta manera, su duración es autónoma, e independiente de la duración de la pena privativa de libertad, con la cual pueden ir impuestas en forma

10 Zapata, Patricio. Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado. Edit. Jca. De Chile, año 2008, p. 46. Disponible en <http://doctrina.vlex.cl/vid/control-preventivo-obligatorio-organica-319196867>

11 Ver <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>

copulativa. Es así como podrán tener un carácter temporal dependiendo del grado en el que sean impuestas, o, en el caso de la inhabilitación, en algunos casos podrá ser impuesta en carácter de perpetua.

- Las referidas penas privativas de derechos adquieren el carácter de accesorias, cuando son impuestas en razón de la existencia de una condena cualquiera, independientemente del tipo de injusto, quedando su duración delimitada a la duración de la pena privativa o restrictiva de libertad. Lo anterior, según lo dispuesto en el artículo 22 en relación con los artículos 27 y siguientes del Código Penal.
- La Ley 18.216 tiene efectos respecto de suspensión en la ejecución de las penas privativas de libertad, y por ende, al momento de omitirse antecedentes, no deberían incluirse las penas privativas de derechos que han sido impuestas en carácter de principales, y no accesorias.
- Sin perjuicio de si se omiten o no los antecedentes, ello en ningún caso implica que la condena a las penas de suspensión o inhabilitación, en carácter de principales, deban dejar de cumplir sus efectos, más aún si se impone una pena de inhabilitación perpetua.
- Finalmente, el efecto de una condena por crimen o simple delito, independientemente de la pena, visto a la luz de las normas establecidas por la Ley Orgánica de Bases Generales de Administración del Estado, genera una inhabilitación para el ingreso a la Administración del Estado, o una inhabilitación sobreviniente, en su caso. Ello no puede ser discutido al amparo de una interpretación extensiva del Art. 29 de la Ley N°18.216 en cuanto a la omisión de antecedentes, por cuanto esta última norma es de rango inferior al de aquella, que por lo mismo debe prevalecer.
- El mismo razonamiento debe hacerse tratándose de las penas privativas de derechos, como lo son la suspensión e inhabilitación para ejercer cargos y oficios públicos.

En razón de las conclusiones previamente expuestas, reiteramos nuestra opinión en cuanto a la errada interpretación de la I. Corte de Apelaciones de Rancagua y del Contralor General de la República, quienes en sendas sentencia y dictamen, admiten que la omisión de antecedentes de una condena, elimina los efectos que esta produce para desempeñarse dentro de la administración pública, confundiendo y extendiendo el alcance de la Ley N°18.216.



UNIDAD ESPECIALIZADA  
DE TRÁFICO ILÍCITO  
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

---



## LA CONSPIRACIÓN, LA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 19 LETRA A) Y LA ASOCIACIÓN ILÍCITA DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY 20.000

*Renzo Figueroa Aste  
Ruben Salas Orellana<sup>1</sup>*

---

### Introducción

El presente artículo representa un esfuerzo de sistematización, actualización y síntesis, del estudio y análisis realizado por la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de la Fiscalía Nacional, entre los años 2006 y 2012, en torno a las figuras de la **conspiración** abordadas por el artículo 17 de la Ley N°20.000; la relevante figura de la **asociación ilícita para el tráfico de drogas**, del artículo 16 de la citada ley y; la agravante consistente en haber formado parte de una **agrupación o reunión de delinquentes**, del artículo 19, letra a) del mismo cuerpo legal material así elaborado, se expone a continuación, en el mismo orden indicado.

### I. La conspiración

El Artículo 17°, Ley N°20.000 señala que: *“La conspiración para cometer los delitos contemplados en esta ley será sancionada con la pena asignada al delito respectivo, rebajada en un grado”*.

Como sabemos, la doctrina clasifica a la conspiración dentro de los actos preparatorios, los cuales por regla general no son sancionados por el Derecho Penal salvo excepcionalmente cuando una norma lo señala de manera expresa, tal como lo establece el artículo 8° del Código Penal que indica: *“La conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente”*, siendo el caso del citado artículo 17 de la Ley de Drogas.

Por otra parte, el principio romano *“cogitationis poenam nemo patitur”* –no es punible el pensamiento–, nos indica que la conspiración requiere, además de la decisión de cometer un delito, una manifestación externa, no bastando la idea o resolución no expresada.

El profesor Enrique Cury, complementa lo anterior, cuando distingue entre la proposición y la conspiración, en el sentido que: *“...en la primera, el sujeto solicita a otra u otras personas que participen, conjuntamente con él, en la realiza-*

---

1 Abogados de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

*ción de un hecho típico que está resuelto a ejecutar, La conducta es punible aunque los terceros no acepten la invitación; si, en cambio, la acogen explícitamente, se produce un acuerdo que transforma la proposición en conspiración”.*

Así entonces, para que la conspiración se perfeccione, es necesario que los destinatarios de la propuesta criminal consientan expresamente en ella, existiendo conspiración desde el momento en que dos o más personas se conciertan para la ejecución de un hecho típico, y tratándose de una figura prevista y sancionada por la Ley N°20.000, ella será sancionada con la pena asignada al delito respectivo, rebajada en un grado, según lo establece el artículo 17 de la citada ley.

### Diferencia entre conspiración y tentativa

Según el penalista alemán Hans-Heinrich Jescheck<sup>3</sup>, la distinción entre la tentativa acabada o inacabada, y los actos preparatorios radica en primer término, en el “plan del autor” y en segundo lugar, en: “...la inmediata puesta en marcha de una acción típica, es decir, que la acción desplegada vincula a tal punto con el tipo penal que la consumación del hecho sólo dependa de la terminación de la conducta, a diferencia de los actos preparatorios”. En este sentido, el autor nos entrega algunos ejemplos señalando: “...los autores, que decididos a cometer un atraco en una gasolinera, cubiertos con máscaras y armados con pistolas preparadas para disparar, llaman a la puerta del empleado del establecimiento para que salga y poder robar inmediatamente tras la apertura, se encuentra ya en el estadio de la tentativa de un robo...”, por su parte, “...no hay tentativa sino meramente preparación de un delito de importación de sustancias estupefacientes (30 I num. 4 BtMG), cuando el autor viaja al extranjero para recoger la mercadería (BGH Dallinger MDR 1975, p. 21)...”. Finalmente, para el autor, la tentativa supone que se haya dado inicio a la realización de una conducta típica.

En virtud de lo anterior podemos señalar que:

1. En la conspiración es necesario que exista un acuerdo de voluntades, es decir, supone la concurrencia de dos o más personas, mientras que para que exista tentativa, basta la participación de una sola persona.
2. La conspiración se configura cuando las voluntades se suman seriamente en pos de la realización de un delito contemplado en la Ley 20.000. Por su parte, la tentativa requiere la ejecución de la conducta consignada en alguno de ellos.

2 CURY URZÚA, Enrique. “Derecho Penal. Parte General”. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Católica, 2005, p. 561.

3 JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Gardenete, España, Provincia de Granada, Editorial Comares 2003, 5ª edición, págs. 557 y ss.

## Requisitos de la conspiración

En la doctrina se suelen distinguir los siguientes requisitos para tener por configurada la conspiración:

- **Concierto de voluntades:** En este sentido, Politoff, Ortiz y Matus<sup>4</sup> indican, citando a Pacheco I, 104, “*ni el ocuparse dos personas en la posibilidad de un delito, ni el desearlo, es conspirar para su comisión*”, se requiere “*algo más*”: un **acuerdo acerca del lugar, modo y tiempo de ejecutar un delito determinado y la decisión seria de ponerlos por obra...**”.
- **Resolución de cometer un crimen o simple delito:** En la conspiración debe existir un acuerdo para cometer un delito. Debe tratarse de coautores que se dividen la ejecución del hecho típico.
- **Seriedad de la resolución:** Debe existir una voluntad seria y real de cometer el delito acordado.

En razón de lo anterior, los autores consignan expresamente: “*...no hay conspiración en el concierto que tenga lugar con un agente encubierto o con otra persona que tenga también el propósito de evitar el delito*”<sup>5</sup>.

## Jurisprudencia

A continuación, se transcriben diversos fallos que se han pronunciado sobre la conspiración en materia de los delitos de la ley 20.000.

**a) Tribunal Constitucional, 26 de agosto de 2010, Rol N°1443-2009.** En esta resolución se indica: “*TRIGESIMOTERCERO: ...que sanciona a la “conspiración para delinquir”, esto es, un grado de desarrollo del delito en relación mediata con el delito mismo, o sea, anterior a que se principie su ejecución. En otras palabras, lo que se sanciona en este caso es la preparación para delinquir, aun antes de la tentativa. La disposición en cuestión sanciona al que “conspire” para cometer los delitos contemplados en la Ley N°20.000. La pena aplicable es aquella que corresponda al delito en cuestión, rebajada en un grado...*

*CUADRAGESIMOPRIMERO: “Que en cuanto a la conducta sancionada en el artículo 17, lo que se castiga es “la conspiración para delinquir”. La conspiración es, de acuerdo al uso común, la acción de “concurrir a un mismo fin” o “convocar, llamar alguien en su favor” (Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, voces “conspiración” y “Conspirar”, Ob. cit.) dicha expresión debe complementarse con lo que señala el mismo artículo en el sentido que la conspiración debe tener por*

4 POLITOFF LITSCHITZ, Sergio, ORTIZ QUIROGA, MATUS ACUÑA, Jean Pierre (coord.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo I, Libro Primero, Parte General, p. 91.

5 Ob. cit. p. 91.

*finalidad la comisión de alguno de los delitos contemplados en la ley 20.000. De esto se colige que lo que la ley ha sancionado no es la mera adición de sujetos con un fin. De hecho, la doctrina entiende que “la remisión debe hacerse aquí a lo dispuesto en el Art. 8° del Código Penal, que establece los siguientes requisitos para hacer punible la conspiración: debe apuntar a la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en la ley 20.000, y no puede referirse a las faltas de sus Art. 50 y ss. (no hay conspiración de faltas); debe existir, además, un concierto para la ejecución de ese crimen o simple delito, que no sea puramente aparente; y el concierto debe ser serio (Politoff, Sergio, y otros, Ob. Cit., p. 598)”.*

**b) Corte de Apelaciones de Arica, 12 de julio de 2005, Rol N°118-2005,** que señala: *”Sexto: Que, previamente, es preciso señalar que el Código Penal en su artículo 8, se refiere a las dos únicas clases de actos preparatorios punibles: la proposición y la conspiración... para cometer un crimen o simple delito; existiendo la conspiración” cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un crimen o simple delito” y cuando es punible” en los casos en que la ley la pena especialmente... acotando el criterio seguido por nuestro Código es limitar la incriminación por conspiración sólo a los delitos dirigidos contra la seguridad del Estado. Existe al respecto una excepción, al ser introducida en la Ley de Tráfico de Droga, constituyendo su razón fundamental la cooperación internacional con aquellos países en que la conspiración está sancionada para cualquier delito y no únicamente en relación a los de naturaleza política, permitiendo la extradición de los que aparezcan responsables de conspiración para llevar a cabo acciones de tráfico de estupefacientes, de acuerdo al principio de la doble incriminación. Señalando además, que como lo advierte nuestra Corte Suprema, al referirse a una expresión equivalente contenida en la Ley 17.934, la conspiración de que aquí se trata no difiere de la definida en el artículo 8 del Código Penal, infiriéndose que no es un tipo delictivo autónomo, lo que hubiera significado negar el sistema accesorio que se halla en la base de la incriminación de la tentativa y de la conspiración. En nuestro sistema la pena de la conspiración es subsidiaria de la que corresponda al hecho principal desde que haya principio de ejecución; lo que es consecuencia de que la conspiración pertenece a los actos preparatorios que, en cuanto a etapas menos avanzadas del iter criminis, quedan consumidos por los actos de ejecución; como ocurre cuando la conspiración corresponde a una de las figuras alternativas del artículo 5° de la Ley sobre Estupefacientes. Así en la especie, por el hecho de encontrarse la droga en el estanco del automóvil de Q. P., no es posible la existencia de la figura delictiva de una conspiración, ya que ésta corresponde como se ha dicho a una etapa preparatoria del delito, quedando desplazada o subsumida al consumarse el ilícito penal, lo que ocurre en este caso. Por lo anterior se concluye que el recurrente sería el autor del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes, como se establece en la sentencia recurrida”.*

**c) Corte de Apelaciones de San Miguel, 7 de mayo de 2007, Rol N°471-2007**, que razona del siguiente modo: *“Quinto: ...la conducta desplegada por el acusado H. M. C. excedió la actividad propia de la conspiración, la cual supone que el o los sujetos que intervienen en ella tienen adoptada la resolución de cometer un delito y esa resolución la han dado a conocer a otro u otros, pero no han empezado los actos materiales necesarios para llevar a cabo su propósito, es más que la mera fase interna, pero menos que la fase externa, porque no se han puesto por obra hechos externos encaminados al delito cuya ejecución ha resuelto...”*

*Séptimo: Es posible concluir que el acusado H. M. C., preparado para la entrega de la droga de la que lo proveería el acusando G, según lo acordado, se había premunido de los elementos que le permitirían pesarla, colocarla en contenedores consistentes en bolsas plásticas y de cinta adhesiva para su posterior distribución a terceros, por lo que su voluntad de realizar el ilícito se exteriorizó a través de actos concretos.*

*Octavo:...que, como consecuencia de lo expuesto, resulta evidente que la sentencia impugnada, al sancionar al acusado H. M. C. “en calidad de conspiración”, como si se tratase de un grado de participación en el delito y no como una figura a la que la Ley 20.000 tiene asignada una pena propia y cuyo contenido, en todo caso, no se encuadra con las acciones desplegadas por el acusado en comento, omitiendo la aplicación de las normas sobre autoría contenidas en el Código Penal, ha incurrido en un error de derecho que configura la causal de nulidad prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal y la infracción denunciada ha influido de manera sustancial en lo dispositivo de la sentencia, lo que permite acoger el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público”.*

**d) Corte de Apelaciones de Concepción, 4 de abril de 2008, Rol N°99-2008**, que establece: *“Séptimo: Que el artículo 7° del Código Penal señala que hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero falta uno o más para su complemento. En consecuencia, el análisis de la sentencia en estudio y de los hechos dados por acreditados en ella, permiten a este Tribunal concluir que el imputado R. ejecutó las acciones indicadas en el fallo, sobrepasando el ámbito de los actos preparatorios en que se podría ubicar la conspiración punible, al actuar de acuerdo al plan criminal convenido con P., dando principio a su ejecución, sin que logran concretarlo sólo en cuanto a la entrega y recepción de la droga, al haber sido detenidos simultáneamente por la policía, en el lugar pactado para la entrega, como consecuencia de que ésta los tenía intervenidos telefónicamente.*

*Octavo: que, por consiguiente, al calificarse en la sentencia impugnada los hechos establecidos en ella como constitutivos del delito de conspiración para el tráfico ilícito de estupefacientes, se incurrió en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que debió calificárselos como de tráfico de drogas, por lo menos en grado de tentativa, lo que permite acoger el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público, por la causal prevista en el artículo 373 letra b)...”.*

## II. Asociación ilícita para el tráfico ilícito de drogas

El Artículo 16 Ley N°20.000 establece que: “*Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados, por este solo hecho, según las normas que siguen:*

1. Con presidio mayor en sus grados medio a máximo, al que financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección, o planifique el o los delitos que se propongan.
2. Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamientos, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización.

Si el autor, cómplice o encubridor del delito establecido en este artículo cometiére, además, alguno de los delitos contemplados en esta ley, se estará a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal para los efectos de la aplicación de la pena”.

Tal como se ha sostenido en los distintos trabajos y artículos escritos por los profesionales de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, el motivo de la ausencia de definición de los criterios o elementos necesarios para la configuración del delito de Asociación Ilícita, tanto en el Código Penal, como en la Ley N°20.000 y otras leyes especiales, ha obligado a la jurisprudencia a llenar de contenido el tipo penal en cuestión precisando dichos criterios.

En ese sentido, la complejidad del delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas no sólo se refiere a dicho aspecto, toda vez que los criterios o elementos para tener por configurado el delito son en extremo dinámicos y absolutamente permeables al contexto histórico que rodea la actividad de la asociación ilícita, por lo que su revisión periódica es un ejercicio obligado para todas las instituciones vinculadas a su persecución.

En lo sucesivo volveremos a analizar cómo se van definiendo sus elementos abordando la historia de la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

### Historia fidedigna del establecimiento de la ley

De la discusión legislativa de la Ley N°20.000, podemos observar que el proyecto del ejecutivo en su artículo 22°, inciso 1°, disponía: “*Los que forman parte de una organización delictual destinada a cometer delitos contemplados en esta ley (...)*”. Estableciendo en su inciso 2° que: “*se entiende por organización delictual, para estos efectos, a aquella sociedad criminal constituida por un grupo de dos o más*

*personas, jerárquica y disciplinariamente constituida, unidas todas por el propósito común y de permanencia en el tiempo, de incurrir en una indeterminada cantidad de los delitos a fin de repartirse las utilidades o beneficios que de ellos provengan”.*

Podemos apreciar que el proyecto establecía como criterios o elementos los siguientes:

- La existencia de un grupo jerárquico y disciplinado;
- La permanencia en el tiempo;
- El propósito común de cometer una cantidad indeterminada de delitos comprendidos en la Ley de Drogas, y
- El fin de repartirse las utilidades o beneficios provenientes de los mismos.

Si hacemos la comparación con el delito de asociación ilícita consagrado en el Código Penal, si bien existen similitudes, se diferencian fundamentalmente en su finalidad, esto es, atentar contra el orden social, las buenas costumbres, las personas y las propiedades.

En el caso de la figura propuesta por el ejecutivo para la nueva Ley de Drogas, la finalidad era el lucro de los integrantes de la asociación, pero dos indicaciones en la discusión del proyecto en la Comisión Especial de Drogas de la Cámara Baja<sup>6</sup>, eliminaron la referida finalidad, quedando el artículo prácticamente con la redacción que hoy conocemos, y que remite en definitiva la definición de los requisitos o elementos necesarios para su configuración, al desarrollo que la doctrina o la jurisprudencia hagan al respecto.

Es importante destacar que la figura no ha sufrido modificaciones de fondo desde su primera inclusión en el artículo 8° de la Ley 17.934 de 16 de mayo de 1973, que señalaba: *”Artículo 8.- Los que se asociaren u organizaren con el objeto de elaborar o traficar con sustancias estupefacientes en contravención a las prohibiciones o restricciones legales o reglamentarias, serán sancionadas, por este solo hecho, según las normas que siguen:*

6 *”Se formularon las siguientes indicaciones: a) De la Diputada señorita Sciaraffa y la señora Soto, para reemplazarlo por el siguiente: “artículo 22.- los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley, serán sancionados, por este solo hecho, según las normas que siguen: 1°. Con presidio mayor en su grado medio a máximo, al que financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección, o planifique el o los delitos que se proponen. 2°. Con presidio mayor en su grado mínimo a medio, al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamientos, escondite, lugar de reunión o cualquier otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización.” b) Del Diputado señor Orpis, para agregar el siguiente inciso final: “para los efectos de la aplicación de la pena, se estará a lo dispuesto en el artículo 74° del Código Penal”, Primer informe de la Comisión Especial de Drogas. Primer trámite constitucional. 12-03-2001, p. 122.*

1° con presidio mayor en su grado medio, si se tratare de individuos que hubieren ejercido mando en la organización o hubiesen aportado el capital para la elaboración o tráfico.

2° con presidio mayor en su grado mínimo si se tratare de cualquier otro individuo que hubiese tomado parte en la asociación o que voluntariamente y a sabiendas hubiese suministrado a alguno de sus miembros, vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamiento, escondite o lugar de reunión para la comisión de estos delitos”.

Importante es recordar que en la discusión de la mencionada Ley 17.934, el legislador tomó una opción a nuestro juicio muy acertada al excluir de la definición de asociación ilícita la puesta en peligro del bien jurídico orden público, siguiendo el criterio de gran parte de la legislación comparada.

Citamos en este sentido, a Isabel Sánchez García Paz: “...la mayoría de los ordenamientos ofrecen una regulación claramente diferenciada de la asociación ilícita orientada por fines políticos o, más precisamente, dirigida a la comisión de delitos contra el Estado, y la asociación criminal o para delinquir, característica de la delincuencia común”.

Una organización cuyo fin es atentar contra el orden público, deberá poner énfasis en la jerarquía, la compartimentación, la disciplina, la clandestinidad, el compromiso moral del individuo materializado en lealtad y obediencia estricta, la proyección en el tiempo, etc., puesto que el Estado sentirá amenazada su propia existencia y recurrirá a toda la capacidad de su aparato de persecución<sup>8</sup>.

Muy distinto es el caso de una organización cuyas actividades ilícitas tienen por objetivo el lucro de sus integrantes, que pondrá más énfasis en la flexibilidad, el ahorro de costos, la confianza y el sigilo, en donde para el Estado será un objetivo más dentro de los innumerables blancos que componen la actividad de persecución del delito, sin el sentido de urgencia o sobrevivencia que le impone la primera.

Volviendo a la historia de la ley y a la disímil naturaleza de aquellas asociaciones que tienen por finalidad atentar contra el orden público, de aquellas cuyo

7 SÁNCHEZ GARCÍA PAZ, Isabel, “Función político criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, En: *Derecho Penal Contemporáneo*, Revista Internacional, Abril-Junio 2008, Legis Editores S.A., págs. 653 y ss.

8 Como ejemplo de este tipo de organización, resulta interesante examinar BEEVOR, Anthony & COOPER, Artemis. “París después de la liberación”, Barcelona, España, Editorial Booket, 2006, Págs. 16 y ss. en el que describe en su primera parte, las estrictas normas organizacionales que la Resistencia Francesa debió implementar para derrotar a la ocupación alemana durante la Segunda Guerra Mundial.

fin es cometer delitos de la Ley de Drogas para el lucro de sus integrantes, podemos concluir **inicialmente**, que los criterios o elementos necesarios para tener por configurado el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas son<sup>9</sup>:

1. Organización de funciones y centro de poder.
2. Voluntad de colaborar a su fin delictivo.
3. Relativa estabilidad en el tiempo.
4. Finalidad de cometer delitos de la Ley N°20.000.

### Doctrina

La doctrina ha definido el delito de Asociación Ilícita en los siguientes términos:

**Alfredo Etcheberry** señala que: *“La asociación ilícita es un grupo de carácter más o menos permanente y jerarquizado...”* donde *“no se precisa las personas necesarias para constituir asociación; en rigor bastaría con dos”*<sup>10</sup>.

**Francisco Grisolia** plantea que la asociación ilícita es: *“Un conjunto de personas que se organizan en torno a un objetivo común, que comprende la finalidad de cometer delitos. El delito se consuma por el solo hecho de organizarse donde fluye que se trata de un delito de mera actividad, de peligro abstracto, plurisubjetivo y pluriofensivo”*<sup>11</sup>.

**Jean Pierre Matus**, siguiendo al profesor Politoff, señala que la asociación ilícita (para el narcotráfico) requiere: *“Una organización con cierta estructura jerárquica en los participantes del delito, con un carácter más permanente”* agregando que *“los partícipes deben haber constituido un aparato de colaboración estructurada, con jerarquía interna, a diferencia de la conspiración, en la cual los sujetos que han adoptado la resolución de cometer un delito no han puesto en obra los actos materiales necesarios para llevar a cabo su propósito”*<sup>12</sup>.

**Patricia S. Ziffer** indica que: *“La asociación lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso, una cierta*

9 Desde ya hacemos presente la mutabilidad de estos elementos o criterios.

10 ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2008, Tomo IV tercera edición, p. 317.

11 GRISOLÍA, Francisco, “El Delito de Asociación Ilícita”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31 N°1, Santiago, Chile, 2004, págs. 75-88.

12 MATUS, Jean Pierre, “Dogmática de los delitos relativos al tráfico de estupefacientes” en *“Lavado de Dinero y Tráfico Ilícito de Estupefacientes”*, Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005, p. 213.

*jerarquización; empleo de medios materiales; continuidad temporal del plan criminal más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito o mera code-lincuencia. La conducta del autor asociado para delinquir, deriva a que él sujeta su voluntad a la del grupo, y de este modo se inserta en la organización, siendo necesario que haya existido, al menos, una exteriorización de la conducta de sus integrantes que permita a todos ellos reconocerse entre sí como pertenecientes a un conjunto que comparte objetivos comunes, esto es, que la asociación se forma para cometer delitos”<sup>13</sup>.*

En virtud de las definiciones doctrinarias citadas podemos concluir que el delito de asociación ilícita es:

**Delito autónomo:** Independiente del catálogo de delitos establecidos en la Ley 20.000, debe ser sancionado de manera independiente, siendo una figura distinta a la conspiración y a una mera co-participación criminal.

**De mera actividad:** Se encuentra consumado con la sola realización de la acción de asociarse.

**De peligro abstracto:** El delito se encuentra satisfecho con la creación de un riesgo de lesión para el bien jurídico, no siendo exigible la existencia del resultado o de la lesión o que el riesgo sea real, basta con asociarse.

**Plurisubjetivo:** De la lectura de la norma contenida en el artículo 16 de la Ley 20.000, que establece los términos “asociaren u organizaren”, queda de manifiesto que se requiere de la voluntad de al menos dos personas (voluntad de ser parte de una asociación).

**Pluriofensivo:** Pone en riesgo a más de un bien jurídico.

#### Aparente concurso de delitos

En materia de determinación de pena, nuestra jurisprudencia durante el período de vigencia de la Ley 19.366 había aceptado la existencia de un concurso de delitos. Este problema, sin embargo, fue expresamente resuelto por la Ley 20.000, estableciendo que si además de asociarse los imputados, cometieran algunos de los delitos de esta ley, se aplicarán las normas del artículo 74, esto es, las normas sobre concurso material.

#### Bien jurídico protegido

Según lo expresado anteriormente, el delito de asociación ilícita establecido en el artículo 16 de la Ley 20.000 tiene como finalidad dar especial protección a

13 ZIFFER, Patricia. “El Delito de Asociación Ilícita”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ad Hoc, 2006, p. 72.

la salud pública, a diferencia del artículo 292 del Código Penal que está establecido con la finalidad de dar una protección al orden público.

En consecuencia, el bien jurídico protegido por la ley 20.000 es la Salud Pública, sin perjuicio de que el delito de asociación ilícita, delito pluriofensivo, afecte el orden público, por lo cual también éste debe ser protegido.

Jurisprudencia y determinación de los elementos necesarios para configurar el delito de Asociación Ilícita

Los tribunales superiores de justicia han ido desarrollando los elementos que deben converger para estar en presencia de una Asociación Ilícita, los que sintéticamente son:

1. Organización de funciones y centro de poder.
2. Voluntad de colaborar a su fin delictivo.
3. Relativa estabilidad en el tiempo.
4. Finalidad de cometer delitos de la Ley N°20.000.

Jurisprudencia

A continuación, se transcriben diversos fallos que se han pronunciado sobre la Asociación Ilícita en materia de los delitos de la ley 20.000, desarrollando los elementos que debemos considerar para dar por acreditado el tipo penal.

**a) Corte de Apelaciones de Santiago, 26 agosto 2003, Rol N°56070-2002, confirmada por la Excelentísima Corte Suprema, 20 de octubre 2003, Rol N°4137-2003** y que señala: *“SEGUNDO: Que, por su parte, los hechos que se describen en la letra b) del señalado considerando tercero, tipifican la asociación ilícita del artículo 22 de la ley 19.366, por cuanto los acusados contra los que se dirigió este cargo se estructuraron orgánicamente presentando una cabeza que ejercía la jefatura, con mandos medios transmisores de las órdenes a los ejecutores, en un sistema de subordinación jerárquica, con permanencia en el tiempo y destinada a mantener las actividades ilícitas, conformando –en definitiva– una empresa para delinquir”.*

**b) Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de septiembre de 2004, Rol N°12.188-2004, confirmada por la Corte Suprema, 20 de enero 2005, ROL 4512-2004** y que indica: *“TERCERO: ...en la especie concurren plenamente los requisitos que permiten configurar el delito de asociación ilícita para el tráfico ilegal de drogas, puesto que ellos dan cuenta de la existencia de un conjunción de voluntades que se organizaron en torno a un fin común de cometer delitos contemplados en la ley N°19.366, dotada de una estructura interna y de cierta permanencia y estabilidad en el tiempo, en la cual sus integrantes cumplían funciones distintas,*

*precisas y determinadas, convergentes hacia un fin común y compartido por todos sus miembros, consistente en el tráfico ilícito de estupefacientes”.*

**c) Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de mayo de 2006, Rol N°326-2006,** que sostiene: *“SEGUNDO: Que, en efecto, la figura de la asociación ilícita contemplada en el artículo 22 de la Ley 19.366, lleva implícita la confabulación o conjura encaminada a montar una actividad delictiva por un sistema de crimen organizado, lo que hace punible esta conducta sólo por constituirse. Sin embargo, para que realmente se configure el delito antes mencionado es indispensable que ésta esté formada por dos o más personas cuyas voluntades converjan para formar un cuerpo organizado jerárquicamente, dirigido por uno o más jefes, con reglas y directivas que deben acatar y hacer cumplir disciplinariamente (entre ellas el sigilo), con carácter más o menos permanente en el tiempo y con la finalidad de cometer uno o más de los delitos que contempla la ley sobre drogas y estupefacientes”.*

**d) Corte Suprema, 6 de agosto de 2008, Rol N°5576-2007,** que....” **QUINTO:** *...Que respecto del delito de **asociación ilícita**, su concepto debe quedar perfectamente deslindado o delimitado de los supuestos de codelincuencia o de transitorio consorcio para el delito. La asociación u organización criminal comprende todos los supuestos en que dos o más personas elaboran en común un proyecto delictivo, de acuerdo con un programa y medios eficientes para desarrollarlo, más allá del simple acuerdo de voluntades o pactum scaeleris. De esta forma, son notas diferenciadoras de la idea asociativa u organizativa: la forma jerárquica de la misma, en la que unas personas, con mayor responsabilidad dan las órdenes a otras que las ejecutan, donde las primeras normalmente están más apartadas del objeto del delito; el reparto de papeles o funciones, lo que hace que un miembro con un cometido pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo; que dicha asociación u organización criminal posea vocación de estabilidad o permanencia en el tiempo, sin perjuicio de la evolución o acomodación de su estructura originaria a las circunstancias sobrevenidas en busca de una mayor eficacia en sus objetivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de una red criminal.*

*La jurisprudencia ha desarrollado los criterios o elementos necesarios para determinar o llenar de contenido el tipo delictivo previsto y sancionado en el artículo 292 del Código Penal, a saber: la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, concertación, distribución de tareas y una cierta estabilidad temporal, elementos que por cierto no ha sido posible encontrarlos acreditados en su totalidad, en el presente caso.*

*En efecto, no puede confundirse la asociación ilícita con la ejecución de un plan delictivo por una pluralidad de personas, como sucede en la especie, lo que pertenece a la co-participación delictiva, aún cuando ambos supuestos presenten ciertos rasgos o características comunes...”.*

**e) Corte Suprema, 15 de marzo de 2010, Rol N°7712-2008,**...sostiene: *“DÉCIMO TERCERO: Que, como ya ha tenido oportunidad de expresar este tri-*

bunal en el ingreso N°5576-07, sentencia del siete de agosto de dos mil ocho, en el delito de asociación ilícita, su concepto debe quedar perfectamente deslindado o delimitado de los supuestos de codelincuencia o de transitorio consorcio para delinquir. La asociación u organización criminal comprende todos los supuestos en que dos o más personas elaboran en común un proyecto delictivo, de acuerdo con un programa y medios eficientes para desarrollarlo, más allá del simple concierto de voluntades o pactum scaeleris. De esta forma, son notas diferenciadoras de la idea asociativa u organizativa: la forma jerárquica de la misma, en la que una persona, con mayor responsabilidad, dan las órdenes a otras que las ejecutan, donde las primeras normalmente están más apartadas del objeto del delito; el reparto de papeles o funciones, lo que hace que un miembro con un cometido pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo; que dicha asociación u organización criminal posea vocación de estabilidad o permanencia en el tiempo, sin perjuicio de la evaluación o acomodación de su estructura originaria a las circunstancias sobrevenidas en busca de una mayor eficacia en sus fines ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de una red criminal.

La jurisprudencia ha desarrollado los criterios o elementos necesarios para determinar o llenar de contenido el tipo delictual, a saber: la existencia de estructura jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, concertación, distribución de tareas y una cierta estabilidad temporal, elementos que por cierto no ha sido posible encontrarlos acreditados en su totalidad, en la situación sub. lite.

*En efecto, no puede confundirse la asociación ilícita con la ejecución de un plan delictivo por la pluralidad de personas, como sucede en la especie, lo que pertenece a la co-participación delictiva, aun cuando ambos supuestos presenten ciertos rasgos o características comunes”.*

En relación a la pluriofensiva naturaleza del delito de asociación ilícita, la Excelentísima Corte Suprema en el numeral primero de la citada sentencia, donde es acogida la pretensión de la Defensa en orden a absolver por el delito de asociación ilícita para el tráfico de drogas del artículo 22° de la Ley N°19.366 (hoy artículo 16° de la Ley N°20.000), lo hace en los siguientes términos: “1°).– Que a los fundamentos anotados en la resolución que antecede y que ya se han dado por expresamente reproducidos, con la finalidad de evitar repeticiones innecesarias, se impone agregar que por último, tampoco se observa la necesaria lesión al bien jurídico protegido por el artículo 22, N°2°, de la Ley N°19.366, en la medida que se considere, como lo hace un sector de la doctrina, que ese objeto jurídico amparado es el propio poder del Estado, en otras palabras, “su primacía en cuanto institución política y jurídica, comprometida por el mero hecho de la existencia de otra institución, con fines antitéticos a los suyos, que le discute esa hegemonía o monopolio del orden jurídico y político”, dicho de otra manera “con el delito de asociación ilícita trata nuestro Código de proteger la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquiera otra organización que

*persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla, pues la mera “existencia” de una pluralidad de personas que, de forma “organizada” (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado”. De todo lo cual, es lógico colegir que el titular del bien jurídico protegido es el propio Estado, guardián del orden social, que ostenta el monopolio del orden jurídico, y no la colectividad indiscriminadamente considerada” (José Luis Guzmán Dálbora: “Objeto jurídico y acciones del delito de asociaciones ilícitas”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, Número 2 (1998), página 158 y 159); aun cuando se estime que es el “orden público” el objeto protegido en la asociación criminal, siendo el conglomerado social en su conjunto, y no el Estado, el sujeto pasivo del delito, tampoco puede entenderse acreditado el ilícito. “La existencia de una asociación cuyo objetivo sea la comisión de delitos afecta, por sí misma, a la tranquilidad pública, no sólo porque el hecho del conocimiento de su existencia produce inquietud social, sino también por el peligro que implica para la preservación del orden social establecido y legalmente protegido” (Creus: “Derecho Penal”, parte especial, tomo II, Astrea, segunda edición, Buenos Aires, 1988, página 106); en esta hipótesis, la pretendida organización no alcanzó los ribetes de trascendencia antes reseñados ni menos puso en peligro la institucionalidad, estabilidad o permanencia estatal”.*

La Corte en el numeral citado, considera que, ya sea que se estime que el bien jurídico protegido por la figura es el “*poder del Estado*”, o que se trate del “*orden público*”, en el caso concreto no existe “*la necesaria lesión*” para que se tenga por configurada la conducta típica, ya que el conjunto de actividades desplegadas por los encartados no pudo poner en peligro “*la institucionalidad, estabilidad o permanencia estatal*”.

Sin embargo, el mismo párrafo citado, realiza un segundo alcance que pareciera relativizar esta exigencia al señalar que “*la mera “existencia” de una pluralidad de personas que, de forma “organizada” (asociativamente), intentan unos objetivos opuestos a las leyes penales, pone ya en entredicho la suprema y efectiva supremacía del poder del Estado*”.

De esta forma, bastaría al ente persecutor probar la existencia de la asociación ilícita para que, dicha lesión quede satisfecha.

Al respecto, el máximo tribunal declara en su considerando décimo tercero lo siguiente: “*La jurisprudencia ha desarrollado los criterios o elementos necesarios para determinar o llenar de contenido el tipo delictual, a saber: la existencia de estructuras jerarquizadas, de comunicaciones y/o instrucciones, concertación, distribución de tareas y una cierta estabilidad temporal*”.

Resulta interesante respecto del punto, recordar lo que la historia fidedigna de la ley nos dice al respecto.

Quedó registrado en actas de la discusión del proyecto de ley que incorporó por primera vez esta figura (artículo 8° de la Ley N°17.934 de 1972), que el Ejecutivo buscaba crear una figura específica de asociación ilícita para el delito de tráfico de drogas, ya que a su juicio la figura consagrada en el Código Penal “está limitada a ciertos objetivos, por lo que es necesario incluirla específicamente en esta materia si se quiere sancionar a las organizaciones de traficantes”<sup>14</sup>.

Más allá del debate en torno a la naturaleza del bien jurídico protegido por esta figura, podemos concluir que si bien nuestra jurisprudencia aborda el tema e incluso el máximo tribunal expresa una necesidad de lesión del mismo, según se desprende de las citas realizadas, dicha lesión es producida con el solo hecho de constituirse la asociación ilícita, por lo que su prueba se remite a la comprobación de la existencia misma de dicha organización.

**f) Corte de Apelaciones de La Serena, 25 de mayo de 2010, Rol N°85-2010**, señala: *”DÉCIMO SEGUNDO: Que, útil y clarificador para determinar el verdadero sentido y alcance de la norma de la letra a) del artículo 19 de la Ley N°20.000.-, es el fallo dictado por la Excma. Corte Suprema en los autos Rol 3206-2007, de fecha 03 de Septiembre de 2007 que realiza un paralelo entre la agravante de agrupación de delincuentes y el delito especial de asociación del artículo 16.*

*De esta sentencia se extrae la siguiente sana y correcta doctrina:*

*a) Agrupación o reunión corresponde al conjunto de personas o cosas agrupadas, o de personas reunidas; pero donde lo distintivo y relevante, es el hecho de juntar las personas o cosas, con algún fin.*

*b) La asociación u organización es más que la simple conjunción de personas, porque supone la asociación de personas, pero regulada por un conjunto de normas en función de los fines determinados.*

*c) La agravación de responsabilidad es una forma residual de aquel otro hecho que constituye un delito diverso y especial. La simple agrupación es el género y la asociación es una especie de aquél, mejorada y estructurada.*

*d) Ambas tienen permanencia en el tiempo y una misma finalidad o propósito ilícito, pero en la asociación existe además una jerarquía dentro de una organización que evidencia estructura en su funcionamiento.*

*e) Si la acción de traficar estupefacientes es llevada adelante por un grupo de personas que acuerdan la compra de droga para su posterior venta, el legislador ha querido sancionarlos con mayor dureza, porque la ejecución en conjunto de*

<sup>14</sup> Historia de la Ley N°17.934. Diario de sesiones del Senado, 3 de abril de 1973, p. 3306.

*una operación de tráfico, además de favorecer su impunidad, conlleva resolución delictiva común, ya que trasunta en una conducta más deliberada y que, además, puede producir una afectación más grave del bien jurídico protegido. Constituye por ello una causal de agravación de la responsabilidad penal.*

*f) Y si lo cumplido ha sido en realidad una asociación, donde cada uno asume un rol específico dentro de ese fin común, regulado expresamente desde el interior de la organización, se está en presencia de un delito diferente, cual es precisamente el de asociación para el narcotráfico y este delito se sanciona en forma independiente del tráfico de sustancias estupefacientes que se haya sorprendido, por así estar expresamente dispuesto en el inciso final del artículo 16 de la ley 20.000”.*

### III. Agravante especial artículo 19 letra a) Ley N°20.000

El Artículo 19 letra a) de la Ley N°20.000 indica que: “*Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16”.*

La inclusión de la presente agravante especial tuvo como fundamento combatir con mayor firmeza la comisión de delitos de tráfico ilícito de drogas, dando mayor protección al bien jurídico salud pública, tomando en consideración que un grupo organizado, de cualquier forma, tiene mayores posibilidades de lesionar tal bien jurídico, pues sus estructuras agravan y facilitan la conducta de tráfico<sup>15</sup>, haciendo obligatorio el aumento de pena si se dan los presupuestos para su configuración, otorgando así mayores facultades a los jueces para determinar la duración de la pena corporal.

Se hace presente que la Ley N°19.366, no establecía agravante alguna que aumentara la penalidad para aquellas agrupaciones que no cumplían los requisitos de permanencia, jerarquía y propósito delictivo que exigía el antiguo artículo 22 que castigaba la asociación ilícita, por lo que esta agravante vino a salvar en gran medida los conciertos entre delincuentes para ejecutar los delitos previstos en dicha ley cuando no cumplían con los requisitos de la asociación ilícita del artículo 16 de la Ley N°20.000, y que a su vez escapan de la figura general de la coautoría del artículo 15 N°3 del Código Penal.

15 Oficio F.N. N°084, Instructivo N°10 de la Ley 20.000, citando a GALLEGOS SOLER, José Ignacio, “*Los Delitos de Tráfico de Drogas*” II. Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1999, pp. 182 y 183, quien lo analiza desde la perspectiva del artículo 369 N°6 del Código Penal español de 1995, que agrava la penalidad por pertenecer a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tenga como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de un modo ocasional.

La redacción original del proyecto, en su artículo 5°, señalaba que: *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, no procederá rebaja de pena, o ésta podrá ser aumentada en un grado, atendida la entidad del hecho, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:*

*a) Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes que, sin incurrir en el delito de organización del artículo 22, agregó una mayor criminalidad al comportamiento de los malhechores...”*

Se hace presente que, revisada la historia legislativa de la Ley N°20.000, la expresión *“agregó una mayor criminalidad al comportamiento de los malhechores”* fue suprimida, especificándose que *“... Respecto de la causal de la letra a) suprimió, por superflua, su parte final, consistente en haber agregado mayor criminalidad del comportamiento de los malhechores, toda vez que es innecesario explicitar esa razón de política criminal, bastando exigir que el imputado haya formado parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización contemplado en el artículo 16 del texto que se propone”*<sup>16</sup>.

De este modo se entiende que la intención del proyecto fue aumentar la penalidad por cuanto el actuar de dos o más personas organizadas y en conjunto añade mayor criminalidad a su actuación<sup>17</sup>.

En el análisis del artículo 22, el Ministro de la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, don Claudio Pavez, advirtió que *“... existe una tendencia en el sentido de confundir la figura de asociación ilícita establecida en la ley N°19.366, y también contemplada en este proyecto, con la de la ley N°18.314, que determina conductas terroristas, a que se refiere el N°5 de su artículo 2 y el inciso final de su artículo 3°, y con la que contempla el artículo 292 del Código Penal, en circunstancias que su establecimiento, objeto y finalidad es distinta”*. *“... Para determinar si existe una asociación ilícita...”*, será necesario *“... de la presencia de un grupo de personas con organización y jerarquía, una división de funciones, permanencia en el tiempo y un objeto determinado, elementos que deben ser probados particularmente...”*, *“... en muchas ocasiones se integran para un caso concreto, que obviamente no permanecen en el tiempo y que emplean individuos ocasionales...”*, *“... sería recomendable que la propia Ley de Drogas diseñe parámetros para determinar cuándo se está en presencia de una asociación ilícita para perpetrar los delitos que la ley sanciona...”*<sup>18</sup>.

16 Primer Informe Comisión de Constitución, Senado. 2 de diciembre 2003. Cuenta en Sesión 14, Legislatura 350, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Informe Boletín N°2439-20.

17 Mensaje del Ejecutivo N°232-341 de 2 de diciembre de 1999.

18 Primer Informe Comisión de Constitución. Senado. Fecha 2 de diciembre, 2003. Cuenta en Sesión 14, Legislatura 350, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Informe Boletín N°2439-20.

En virtud de lo señalado, y con el mérito de la redacción final del artículo 19 letra a) de la ley N°20.000, podemos sostener que esta agravante tiene aplicación cuando las conductas de más de un sujeto, que cometen alguno de los delitos contemplados en esta ley, van más allá de la coautoría dispuesta en el artículo 15 N°3 del Código Penal, pues sus comportamientos suponen una organización o estructura de mayor relevancia y que en sí mismas afectan la seguridad de la salud pública, transformándose en un delito de peligro; pero a la cual le faltan o no concurren los requisitos necesarios para configurar el delito de asociación ilícita dispuesto en el artículo 16 del mismo cuerpo legal.

### Jurisprudencia

A continuación, se transcriben diversos fallos que se han pronunciado sobre la agravante del artículo 19 letra a) de la ley 20.000.

**a) Corte Suprema, 7 de agosto de 2007, Rol N°2958-07**, sostiene que: “33.- *Que en relación a la consideración de la agravante del artículo 19 letra a) de la Ley N°20.000, se establece su procedencia en el razonamiento vigésimo, en donde a diferencia de lo que sostiene la defensa, se probaron sus presupuestos, señalándose la cantidad de la droga incautada (superior a los 230 kilos de sustancias ilícitas), especialmente clorhidrato de cocaína, su alto valor, la que requiere de un mercado previo seguro, además de una organización suficiente que no ponga en riesgo su transacción; y a mayor abundamiento, desde que se probó que A. participó en las entregas de la droga, trasladó a S. F., no se trató de una entrega aislada y que fue la persona que entregaba la sustancia a N., con el que se comprobó el contacto para cumplir ese fin, para lo cual se debe relacionar principalmente con lo expuesto en el razonamiento décimo quinto, letras A.- y B.-, que se dan por reproducidas*”.

43.- *“Que en cuanto al hecho de considerarse la agravante de responsabilidad del artículo 19 letra a) de la ley 20.000, si es que el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16, fundado en la cantidad de droga incautada en cada caso, y de la que se hablaba en las comunicaciones, el grado de confianza de los proveedores para enviarle la droga, la que tiene un alto valor y requiere de un mercado previo seguro, además de una organización suficiente, presupuestos que califica de genéricos respecto de N., C., A., M. y A.”.*

64.- *“Que, en lo que dice relación a considerar el fallo respecto de los dos acusados la procedencia de la agravante señalada en el artículo 19 letra a) de la Ley N°20.000, el que dispone que deberá aumentarse en un grado la pena, si los imputados formaron parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16 de la misma ley, se funda no sólo en aspectos generales, como la cantidad de droga incautada de la que se hablaba en las interceptaciones telefónicas y que revelaron el grado de confianza con los proveedores para enviarles la sustancia ilícita, especialmente clorhidrato de cocaína, que tiene un alto valor que requiere de un mercado previo seguro, además de una organización suficiente que*

*no ponga en riesgo una transacción que involucra tales montos de dinero. Pero a diferencia de lo sostenido por la defensa, también se sumaron aspectos particulares respecto de cada acusado; así en el caso de N. A., las ya señaladas conversaciones telefónicas, escuchadas por el tribunal, y justificadas por los aprehensores que las verificaron en terreno, y lo vinculan al menos con tres entregas, que allí se precisan (razonamiento vigésimo); en tanto, que respecto de A., por las mismas escuchas, en donde junto a C. y M., conversan respecto a una entrega que se planificaba, por la cual se detuvo a P. G. y M. C., reclamando que estaba mojada, lo que se conversó con un tercer proveedor, cuestión que demuestra habitualidad en esa actividad, y que unido a los diversos hechos puntuales probados, permitieron acreditar la agravante consistente en pertenecer ambos a una agrupación de delincuentes dedicada a traficar drogas ilícitas”.*

**b) Corte Suprema, 3 septiembre de 2007, Rol N°3206-07,** indica que: “6°.- *Que para el solo efecto de poner en evidencia la diferencia existente entre la simple agrupación o reunión de delincuentes, que constituye la agravante contenida en la letra a) del artículo 19 de la ley 20.000, y el delito especial de asociación u organización del artículo 16, valga decir que, conceptualmente, existe entre ambas acepciones diferencias no menores.*

*Agrupación o reunión, de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, corresponde al conjunto de personas o cosas agrupadas, o de personas reunidas; pero donde lo distintivo y relevante, es el hecho de juntar las personas o cosas, con algún fin.*

*En cambio, la asociación u organización, conforme se conceptualiza en ese mismo diccionario, responde más que a la simple conjunción de personas, porque supone la asociación de personas, pero regulada por un conjunto de normas en función de los fines determinados. El grupo se forma para un mismo fin.*

7°.- *Que de acuerdo a lo ya dicho, es posible sostener que el hecho que constituye la agravación de responsabilidad es una forma residual de aquel otro hecho que constituye un delito diverso y especial. La simple agrupación es el género y la asociación es una especie de aquél, mejorada y estructurada. Ambas tienen permanencia en el tiempo y una misma finalidad o propósito ilícito, pero en la asociación existe además una jerarquía dentro de una organización que evidencia estructura en su funcionamiento.*

8°.- *Que, en la forma que se ha señalado, no existe afectación del principio del non bis in idem que reclama el recurrente, puesto que la circunstancia de haberse agrupado los delincuentes para cometer el hecho no constituye un delito especialmente penado por la ley, como tampoco se trata de un elemento expresado por ésta al describir o penar el tráfico de sustancias estupefacientes. Por otra parte, no se trata de una circunstancia de tal manera inherente al delito que sin su concurrencia no haya podido éste cometerse.*

*Incurrir en tráfico de estupefacientes, de acuerdo a la explicación contenida en el inciso segundo del artículo 4° de la ley 20.000, quien sin contar con la autorización competente, importe, exporte, transporte, adquiera, transfiera, sustraiga, posea, suministre, guarde o porte tales sustancias o materias primas.*

*Se está en presencia de una acción que puede ser ejecutada por una sola persona, en forma aislada o por varias de ellas. Trafica, entonces, quien compra droga para luego venderla y ésta es una conducta precisa que se agota en esa labor. Si quien cumple ese cometido, lo ha hecho sobre una pequeña cantidad de droga, recibe una sanción menor, porque el reproche es menor, precisamente por la disminuida afectación del bien jurídico involucrado.*

Pero, si esa misma acción de traficar es llevada adelante por un grupo de personas que acuerdan la compra de droga para su posterior venta, el legislador ha querido sancionarlos con mayor dureza, porque la ejecución en conjunto de una operación de tráfico, además de favorecer su impunidad, conlleva resolución delictiva común, ya que trasunta en una conducta más deliberada y que, además, puede producir una afectación más grave del bien jurídico protegido. Ello agrega una mayor criminalidad al comportamiento de los intervinientes y constituye por ello una causal de agravación de la responsabilidad penal.

Y si lo cumplido ha sido en realidad una asociación, donde cada uno asume un rol específico dentro de ese fin común, regulado expresamente desde el interior de la organización, se está en presencia de un delito diferente, cual es precisamente el de asociación para el narcotráfico y este delito se sanciona en forma independiente del tráfico de sustancias estupefacientes que se haya sorprendido, por así estar expresamente dispuesto en el inciso final del artículo 16 de la ley 20.000.

9°.- Que por las razones expresadas, encontrándose demostrado que la recurrente actuó dentro de una agrupación de delincuentes y dado que no se trata de un delito diverso, como tampoco de alguna de las circunstancias necesarias para la existencia misma del delito de tráfico de estupefacientes ni resulta inherente a aquél, la agravante aplicada resulta procedente y no se ha violado con ello el principio de non bis in idem”.

**c) Corte de Apelaciones de San Miguel, 25 de febrero de 2008, Rol N°60-2008**, señala que: “**SÉPTIMO:** Que, por su parte el artículo 19 de la Ley N°20.000 en su letra a) establece que: *Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16”.*

**OCTAVO:** “Que según se establece en el fundamento vigésimo primero del fallo recurrido, los sentenciadores de fondo exponen de manera clara y precisa en base a la prueba rendida en el juicio oral, los motivos que los llevaron a establecer la concu-

rrencia de la agravante especial, permitiendo sostener que las conductas desplegadas por la sentenciada y otro de los autores permitió encuadrar su relación incluso de la definición literal de agrupación o reunión. Se señala, también, que de los relatos de diversos funcionarios policiales se colige que esta acusada estaba a cargo de complicadas tareas que involucraban el traslado de la droga desde el norte del país hasta la región metropolitana”.

NOVENO: “Que en este recurso y respecto de esta causal de nulidad invocada se atacan los hechos que sirvieron para la dictación de la sentencia y la valoración de la prueba que realizó el tribunal a quo para establecer la concurrencia de la agravante especial contemplada en el artículo 19 letra a) de la Ley N°20.000, desde el momento que la Defensa sostiene que: “El error de derecho cometido a juicio de esta defensa, al estimar concurrente la agravante señalada, en circunstancias que ésta no se configura, influye sustancialmente”.

DÉCIMO: “Que se podrá disentir o estar de acuerdo con la valoración que el Tribunal Oral otorgó a la prueba rendida en la causa, más ello no hace que su razonamiento sea susceptible de anularse por tal motivo, toda vez que la valoración de la prueba y el establecimiento de los hechos constituye una facultad soberana del Tribunal a quo, en particular si, como en el caso de autos, se expone adecuadamente cómo fueron valorados los medios de prueba y no se falta a los principios básicos que envuelven la forma en que un sentenciador puede apreciar los medios de prueba rendidos en este tipo de casos, para determinar la concurrencia de la agravante solicitada por el Ministerio Público. De otro modo, estaríamos en presencia de una especie de recurso de apelación, cuestión que evidentemente ha sido desestimada por el sistema de recursos del nuevo proceso penal. A mayor abundamiento, los requisitos que expone la defensa que debieran concurrir para encontrarse el sentenciador ante la agravante especial señalada, son aquellos que se han señalado como concurrentes para la figura establecida en el artículo 16 de la Ley N°20.000, esto es, los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados, por este solo hecho con las penas en él contempladas, sin embargo, el Ministerio Público solicitó, precisamente, se aplique a la sentenciada la agravante contemplada en el artículo 19 letra a) de la citada ley, norma que exige haber formado parte de una reunión o agrupación de delinquentes”.

UNDÉCIMO: “Que así las cosas, no cabe más que concluir que en el caso en cuestión no se configura la causal de nulidad impetrada del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, la que estas sentenciadoras rechazarán”.

**d) Corte de Apelaciones de Antofagasta, 23 de febrero de 2009, Rol N°13-2009**, sostiene que:”**CUARTO:** Que en cuanto a la primera causal de nulidad que se invoca, se trata de la contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, haber efectuado en el pronunciamiento del fallo una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, la Defensoría la hace consistir en la no concurrencia de la agravante del artículo 19 letra a) de la Ley 20.000. A este respecto, la sentencia se refirió en el motivo decimoctavo,

*acogiéndola respecto de los acusados E. G. C. M., E. C. C., R. C. U. G. y E. U. F., no así en relación a la imputada N. E. Q. F.”.*

*“Para resolver de tal manera, conforme señala el referido considerando, se tuvo presente que se está frente a una agrupación –pluralidad de sujetos con roles definidos–. E. U. coordina y da las instrucciones, R. U. recibe la sustancia en un domicilio y ayuda a su acopio, E. C. trae la droga a Chile, la esconde, luego la rescata, la transporta y ayuda al acopio y finalmente E. C. conduce el vehículo, colabora a rescatar la droga, la transporta y ayuda a su acopio, por lo que recibirán cada uno una retribución monetaria por sus acciones”.*

*“Según se sostiene, lo anterior tenía una finalidad común, cual es el tráfico de los paquetes contenidos en las dos mochilas, y una existencia más o menos permanente atendido el éxito de la operación”.*

“A este respecto, corresponde señalar que la agravante en cuestión, aparece de los antecedentes que demuestran un suceder en forma causal, como lo describe el fundamento decimoctavo del fallo del Tribunal Oral, en el cual contempla la participación concertada de varias personas y no puede realizarse sino en ese contexto. En efecto, se está en presencia de un grupo que efectúa múltiples acciones que se suceden en el tiempo y que van más allá de una simple transacción o tráfico. Se trata de un grupo que se hallaba concertado para cometer el delito desde antes de su detención, lo que fluye, conforme se indica en la sentencia, del contacto realizado por un tercero con E. C. en Bolivia, quien trajo la droga a Calama y la guardó en el cerro La Cruz y luego las conversaciones con E. U., planificando en un principio entregarla fuera de la ciudad, luego con E. C. para entregarla en la ciudad, contactándose con E. C. y un tercero, droga que sería comercializada en Santiago”.

“El término delincuentes, empleado por la agravante referida a la agrupación o reunión de éstos que no alcanza a configurar el delito de asociación u organización para cometer delitos contemplado en dicha ley -no quiere decir que los partícipes a los cuales se aplique la agravante hayan tenido condenas anteriores, sino que alude únicamente a su calidad de ejecutores del delito.

“Así, de la forma que ha quedado establecido el hecho en el juicio, en forma inamovible, se tuvo por demostrado que se trató de un grupo de sujetos que realizaron acciones de tráfico de drogas, en cuyo propósito delictivo llevaron a cabo contactos y viaje para ingresar la droga desde Bolivia al territorio nacional, con la intención de trasladarla a la ciudad de Santiago, consta que se trataba de personas vinculadas que formaron parte de un grupo en el que se coordinó la llegada de la droga a Chile”.

*“Esta agravante además requiere para su configuración que cada uno de los que intervienen en la comisión del delito, tenga conciencia, conocimiento y voluntad de que forma parte de una agrupación o reunión de delincuentes que realizan la*

*actividad de tráfico. Sólo así es posible efectuar un mayor reproche a tal conducta, constituye un mayor injusto, se potencia la facilitación en la comisión del delito de tráfico y en ese sentido, de los hechos que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama tuvo por establecidos, fluye en forma nítida esta circunstancia”.*

**e) Corte de Apelaciones de Valdivia, 7 de agosto de 2009, Rol N°304-2009** se plantea que: *“Tercero: ...Ella es una suerte de calificante...no exige que se esté en presencia de una organización de sofisticación y nivel de permanencia, porque éstas son propias de una asociación ilícita y, en este caso, la incriminación se haría por el delito del artículo 16 de la misma ley”.*

*“...la ley no habla de organización sino simplemente de una “agrupación o reunión”, de manera que la agravante sólo requiere que los que intervienen en la comisión del delito tengan conciencia, conocimiento y voluntad de que “forman parte” de una agrupación o reunión de delincuentes que realizan la actividad de tráfico ilícito; sólo de esta manera es posible realizar un mayor reproche a tal conducta en que incurrir quienes se reúnan con el fin específico de cometer un delito de tráfico de estupefacientes”.*

*“...el legislador ha querido castigar más severamente la acción cuando es realizada por un grupo de personas, pues en conjunto desarrollan una operación de tráfico que favorece la impunidad y afecta en mayor medida al bien jurídico protegido, lo que, en concepto del legislador, constituye un “mayor injusto”, y por ello, merece un mayor reproche”.*

**f) Corte de Apelaciones de Antofagasta, 23 de febrero de 2010, Rol N°27-2010**, advierte que: *“CUARTO:...se está en presencia de una agrupación de delincuentes que se confabularon para trasladar una cantidad de droga estupefaciente desde el norte del país hasta la zona central, cumpliendo cada uno de los condenados un rol específico dentro del hecho punible, pero sin constituir ello el ilícito específico de asociación ilícita para traficar –contemplado en el artículo 16 de la Ley en comento–, por lo que resulta aplicable en autos el aumento de penas que establece el precepto de marras, siendo de advertir que el defecto que se reprocha no tiene influencia en lo dispositivo del fallo, toda vez que la pena asignada al delito conforme al artículo 1° de la Ley N°20.000 es de presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado medio y por no concurrir circunstancias modificatorias de responsabilidad penal el tribunal, de acuerdo a su facultad discrecional, aplicó la sanción señalada en la sentencia”.*

**g) Corte de Apelaciones de Antofagasta, 19 de abril de 2010, Rol N°85-2010**, sostiene que: *“QUINTO: Este Tribunal siguiendo la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, que ha resuelto que: “Para el solo efecto de poner en evidencia la diferencia existente entre la simple agrupación o reunión de delincuentes, que constituye la agravante contenida en la letra a) del artículo 19 de la ley 20.000, y el delito especial de asociación u organización del artículo 16, valga decir que, conceptualmente, existe entre ambas acepciones diferencias no menores. Agrupación*

*o reunión, de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, corresponde al conjunto de personas o cosas agrupadas, o de personas reunidas; pero donde lo distintivo y relevante, es el hecho de juntar las personas o cosas, con algún fin. En cambio, la asociación u organización, conforme se conceptualiza en ese mismo diccionario, responde más que a la simple conjunción de personas, porque supone la asociación de personas, pero regulada por un conjunto de normas en función de los fines determinados.” Rol 3206-2007 Corte Suprema Segunda Sala (Penal) 3-9-2007 Tráfico de drogas. Paralelo entre agravante de agrupación de delincuentes y el delito especial de asociación.*

*En este orden de ideas corresponde traer a colación ambas normas, para una adecuada justipreciación de éstas, así: “Artículo 16.- Los que se **asociaren u organizaren** con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados, por este solo hecho, según las normas que siguen: 1.- Con presidio mayor en sus grados medio a máximo, al que financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección, o planifique el o los delitos que se propongan”. Por su parte el Párrafo 2° “De las circunstancias agravantes” prescribe en el Artículo 19.- Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) Si el imputado formó parte de **una agrupación o reunión de delincuentes**, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16”.*

*“Efectivamente se formó un grupo o asociación con un fin claro y preciso: participar en el tráfico de drogas, si sus miembros se conocían o no, no es determinante, pero sí sabían de su existencia y de la droga. Así uno de sus integrantes viajó a Calama en procura de la droga, fue recibida –de forma furtiva–, y fue transportada a La Serena. Estos son hechos que corresponde valorar exclusivamente a los jueces de la instancia, quienes así lo hicieron detalladamente en el considerando decimoquinto al analizar tanto el artículo 19 como el 16 de la citada ley.*

*Por lo que los sentenciadores fueron del parecer que éstos actuaron de consuno o de acuerdo, y que existió una división de roles. Apreciación de hechos que condujeron de manera inequívoca a valorar la existencia de una reunión o agrupación de personas para cometer el ilícito penal de tráfico de drogas.*

*De esa forma no se aprecia un error o falta al calificar los hechos como constitutivo de una agrupación informal. Cabe reiterar que la ponderación de la prueba es facultad exclusiva y excluyente de los Jueces Orales. No es dable entender que para la existencia de este tipo de grupo se requiera un conocimiento efectivo de cada miembro, por el contrario es de la esencia de este tipo de formación que estar al tanto de sus integrantes sea lo menos acabo (sic) posible para no ser descubiertos. En otras palabras se trata de un grupo destinado a delinquir, no requiere habitualidad al usarse el término delincuentes, no precisa el conocimiento de sus integrantes, de forma que el concepto asociación u organización permite aplicar la agravante y el aumento de pena en un grado”.*

**h) Corte de Apelaciones de La Serena, 25 de mayo 2010, Rol N°85-2010,** plantea que: *“SÉPTIMO: Que, si bien del considerando quinto de la sentencia en análisis se advierte que los sentenciadores, a propósito de la existencia del delito de organización para traficar del artículo 16 de la Ley 20.000, fueron del parecer que las probanzas de cargo, explicitadas y valoradas en el motivo cuarto de la misma, no permitieron darlo por establecido, ello **no puede acarrear per se**, como consecuencia ineludible, que no pueda tenerse por acreditada la agravante especial del artículo 19 letra a) del mismo texto legal, más aún, si las hipótesis utilizadas en uno y otro caso, son distintas: para el delito en cuestión se requiere de la existencia de una organización o asociación criminal; en cambio, para la agravante especial, basta que el imputado forme parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16, desprendiéndose claramente del considerando décimo cuarto, tantas veces citado, que los sentenciadores fueron del parecer que con las mismas probanzas apreciadas y valoradas en el considerando cuarto de la sentencia, respecto del cual no ha habido reproche por el recurrente, se dan los supuestos fácticos de una agrupación o reunión de delincuentes, que no alcanza a constituir una organización criminal”.*

En conclusión, y remitiéndonos a lo expuesto en el numeral anterior, en relación a la figura de la asociación ilícita para el tráfico ilícito de drogas, la agravante en estudio, se debería configurar con el simple concurso de un grupo de personas cuyas voluntades convergen para cometer uno o varios delitos de la Ley N°20.000.



## COMENTA RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO POR LA DEFENSA EN RELACIÓN A LA DETERMINACIÓN PRECISA DE LA PUREZA DE LA DROGA COMO ELEMENTO DE LOS TIPOS PENALES ESTABLECIDOS EN LA LEY N°20.000

*Juan Castro Bekios<sup>1</sup>*

### I. Antecedentes

La Fiscalía Local de Iquique presentó acusación en la causa RUC 1110013602-5 por el delito previsto y sancionado en el artículo 4°, en relación al artículo 1° de la Ley N°20.000, a saber, tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, por cuanto el día 3 de mayo de 2011 aproximadamente a las 12:00 horas, en la esquina de calle Las Rosas con Las Nevadas en la ciudad de Iquique, funcionarios de OS7 de Carabineros, alertados por una denuncia anónima que indicaba que en tal lugar un sujeto se encontraba vendiendo droga en la vía pública, fiscalizaron al acusado A.R.T.P., luego de haberlo observado realizando un intercambio de manos característico de una venta de drogas, verificando que en el interior de un banano portaba 17 envoltorios de papel blanco contenedores de pasta base de cocaína, con un peso bruto de 4 gramos 600 miligramos. Además el acusado mantenía en el mismo banano la suma de \$345.000 en billetes y monedas de distinta denominación.

La mentada acusación fue conocida en audiencia de juicio oral, la que se siguió ante el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, quien conoció la prueba de cargo presentada por la Fiscalía y entre ella, con el fin de acreditar el objeto material del delito, la prueba pericial consistente en la declaración del perito del Instituto de Salud Pública, mediante la modalidad de videoconferencia. En las conclusiones de la prueba pericial señalada se afirmó que la sustancia incautada correspondía a cocaína base, sin embargo no se estableció cuál era el porcentaje de pureza de la sustancia.

Una vez concluido el juicio y dictada la sentencia por el aludido Tribunal Oral, éste tuvo como hechos acreditados durante el juicio según reza el considerando noveno que: *“...cerca de las 12:00 horas del día 3 de mayo de 2011, funcionarios de OS7 de Carabineros, alertados por una denuncia anónima, observaron que en la esquina de calle Las Rosas con Las Nevadas de esta ciudad, un individuo que coincidía con la descripción y vestimentas proporcionada por la denunciante, realizaba un intercambio de manos con un sujeto que se movilizaba en un vehículo,*

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

*comprobando al fiscalizarlo que se trataba del acusado T.P., encontrando dentro del banano que portaba, 17 envoltorios de papel blanco con pasta base de cocaína, con un peso neto de 0,8 gramos, además de la suma de \$345.000 en billetes de distinto valor”<sup>2</sup>.*

## II. La sentencia, el recurso de nulidad, su causal y fundamentos

El fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, conforme a los hechos que tuvo por acreditados, los calificó como constitutivos del delito previsto en el artículo 4° de la Ley N°20.000, esto es, tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas condenando al acusado en calidad de autor del mismo. Sin embargo, conviene desde ya mencionar que la referida sentencia condenatoria lo fue con el voto en contra de uno de sus miembros quien estuvo por absolver al acusado fundado en: “...*que la prueba de cargo no tuvo la entidad suficiente para acreditar la existencia del delito imputado, y ello porque la exigua cantidad de sustancia incautada, 0,8 gramos netos repartida en 17 porciones, y la omisión de su valoración en el peritaje químico, impiden una condena ajustada a los principios de legalidad y lesividad, pues aunque la figura penal constituye un delito de peligro y no se ha determinado lo que debe entenderse por pequeñas cantidades de droga, el artículo 43 de la Ley 20.000 somete la determinación de la entidad dañina de la sustancia objeto del delito, uno de los elementos del mismo, a una pericia química que debe consignar, entre otros aspectos, su composición y grado de pureza, fijando así las condiciones bajo las cuales ha de estimarse la calidad dañosa de la sustancia para la salud humana, bien protegido por la norma de su artículo 4°, no siendo posible aceptar que se invoque una resolución administrativa que contraría expresamente la exigencia del artículo 43 citado y omita la valoración, tanto por su inferior grado jerárquico, cuanto porque la ley es la única norma autorizada a limitar derechos fundamentales*”<sup>3</sup>.

Es oportuno precisar que el fundamento del aludido voto disidente, en el sentido de que no puede invocarse una resolución administrativa que es contraria a lo establecido en el artículo 43° de la Ley N°20.000<sup>4</sup> al omitir la valoración,

2 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 3 de octubre de 2012, RUC N°1110013602-5, RIT N°162-2012, considerando 9°.

3 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 3 de octubre de 2012, RUC N°1110013602-5, RIT N°162-2012, considerando 11°.

4 Chile, Ley N°20.000, que sustituye la ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 16 de febrero de 2005, artículo 43: “*El Servicio de Salud deberá remitir al Ministerio Público, en el más breve plazo, un protocolo del análisis químico de la sustancia suministrada, en el que se identificará el producto y se señalará su peso o cantidad, su naturaleza, contenido, composición y grado de pureza, como, asimismo, un informe acerca de los componentes tóxicos y sicoactivos asociados, los efectos que produzca y la peligrosidad que revista para la salud pública.*”

tanto por su grado jerárquico y porque la ley es la única norma autorizada a limitar derechos fundamentales, obedece a que en la declaración del perito éste explicó al tribunal que: “no señaló la pureza de la muestra por un tema netamente administrativo, debido a que por oficio N°719 de 2009 del ISP a la Fiscalía, informó que por sobrecarga laboral, sólo cuantificaría los decomisos cuyo peso fuese igual o superior a 10 gramos netos”<sup>5</sup>.

Posteriormente, y en virtud de este fallo adverso, la Defensoría Penal Pública interpuso en su contra recurso de nulidad sustentado en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, 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, expresándose entre sus fundamentos que el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique estimó “acreditada la existencia de droga sin que aquello se haya probado en el juicio”<sup>6</sup>.

En este sentido, según se puede extraer del considerando 1° de la sentencia Rol 116-2012 de la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique<sup>7</sup>, la defensa planteó que el inciso primero del ya mencionado artículo 43° de la Ley N°20.000 especifica los contenidos de un protocolo de análisis, entre éstos, el grado de pureza de la droga, cuyo fin sería acreditar de forma científica la existencia de la sustancia y su capacidad eventual para producir dependencia o daños graves para la salud, para que de ese modo el juzgador pueda atribuirle la nota de tipicidad al acto, pero que en la especie no ocurrió pues el perito químico reconoció que no señaló cuál fue el grado de pureza de la muestra por razones de naturaleza administrativa. En virtud de ello, entonces, la recurrente estimó que la omisión en la pericia de un elemento requerido por la ley y la consecuente sentencia condenatoria que valoró dicha prueba pericial afectó directamente los principios de legalidad y de lesividad.

En este mismo orden de ideas, a juicio de la defensa, el principio de legalidad fue afectado en tanto que la Ley N°20.000 señala la forma en que debe

---

*Conservará, en todo caso, una determinada cantidad de dicha sustancia para el evento de que cualquiera de los intervinientes solicite nuevos análisis de la misma, de conformidad a los artículos 188, inciso tercero, y 320 del Código Procesal Penal.*

*Esta muestra se conservará por el plazo máximo de dos años, al cabo del cual se destruirá. De los procedimientos administrativos de destrucción se levantará acta, copia de la cual deberá hacerse llegar al Ministerio Público dentro de quinto día de haberse producido.*

*Efectuado el análisis a que se refiere el inciso primero, los precursores y sustancias químicas esenciales deberán ser enajenados en la forma dispuesta en el inciso cuarto del artículo 40”.*

- 5 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 3 de octubre de 2012, RUC N°1110013602-5, RIT N°162-2012, considerando 5°.
- 6 Corte de Apelaciones de Iquique, 27 de noviembre de 2012, Rol N°116-2012, considerando 1°.
- 7 Corte de Apelaciones de Iquique, 27 de noviembre de 2012, Rol N°116-2012, considerando 1°.

acreditarse la existencia, cantidad, calidad y pureza de las sustancias que constituyen peligro para el bien jurídico que se protege, estimando que el tribunal vulneró dicho principio al no haber exigido que el peritaje en cuestión contuviera todos los elementos que señala el artículo 43° de la Ley N°20.000<sup>8</sup>, brindándole a la experiencia del perito la entidad suficiente para suplir o reemplazar la determinación del grado de pureza de la droga incautada.

Por otra parte, en cuanto al principio de lesividad, según se refiere y puede extraerse del considerando 2° del fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, la defensa señaló que dicho principio también habría sido conculcado, pues los delitos de la Ley N°20.000, siendo delitos de peligro abstracto y por ende cuya esfera de protección concierne a bienes jurídicos supraindividuales, como en este caso la salud pública, indican que en lo mediato serían un delito de resultado, es decir, aquellos que para su consumación requieren que se produzca un resultado separado tanto temporal como espacialmente de la conducta (acto), añadiendo que visto de esta forma el ilícito que nos ocupa se comprendería en lo que se conoce como delitos de peligro propio.

Como consecuencia de ello, en esta clase de delitos debería existir peligro de lesión concreta del bien jurídico para que se considere la conducta (acto) típica. De este modo, la lesión del bien jurídico quedaría subordinada a que exista una sustancia capaz de producir los graves daños a la salud pública, lo que motivaría que el artículo 43° de la Ley N°20.000 imponga la exigencia de la realización del informe completo que señala dicha norma. Este informe, según argumentó la defensa en su recurso, permitiría disipar cualquier duda acerca de la existencia o no de la sustancia prohibida ya que la misma sería requisito *sine qua non* para encontrarnos en presencia de un injusto penado por la ley, concurriendo los demás requisitos del tipo. En base a ello la defensa sostiene que la inexistencia de la sustancia hace que la conducta (acto) carezca de antijuridicidad material. Por lo anterior, concluye la defensa que, la condena del acusado sin contar con el informe científico que acredite la pureza de la sustancia, configuraría la causal del recurso, esto es, una errónea aplicación del derecho, puesto que no se habrían agotado las exigencias del tipo penal (artículo 4° de la Ley N°20.000) lo que habría tenido una influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, puesto que de haberse aplicado correctamente el derecho se debió haber dictado sentencia absolutoria.

Si bien no se menciona de forma explícita en el fallo, la defensa añadió en su argumentaciones, además del voto disidente del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique<sup>9</sup>, una sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema<sup>10</sup>, que acogió un recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública, invali-

---

8 Ver nota N°4.

9 Ver nota N°3.

10 Corte Suprema, 25 de julio de 2012, Rol N°4215-12.

dando en virtud de ello la sentencia RIT N°24-2012 del Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, dictando sentencia de reemplazo en un caso similar al que nos ocupa en el cual tampoco existió en la pericia del Instituto de Salud Pública determinación del porcentaje o pureza de la droga incautada.

En efecto, de la sentencia de la Excma. Corte Suprema estimamos oportuno mencionar que en sus motivos décimo cuarto y décimo quinto<sup>11</sup> señala que para determinar si se trata de sustancias capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud de aquellos a los que se refiere el artículo 4° de la Ley N°20.000, en relación al inciso 1° del artículo 1° de la misma norma legal, el legislador estableció, en el ya mencionado artículo 43°, la obligación de elaborar un protocolo de análisis químico de la sustancia, en el que debiera identificarse el producto, peso o cantidad, naturaleza, composición y grado de pureza, además de un informe sobre los componentes tóxicos y psicoactivos asociados, los efectos que producen y la peligrosidad para la salud pública. En este caso el informe, si bien se acompañó, no identificó el

11 Corte Suprema, 25 de julio de 2012, Rol N°4215-12, considerando 14°: *“Que el hecho que se tuvo por establecido, transcrito en el motivo precedente y por el cual resultó condenado O.C., fue calificado como constitutivo del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga descrito y sancionado en el artículo 4° en relación con el 1° de la ley 20.000, que penaliza a quienes, sin la competente autorización posean, transporten, guarden o porten consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o química, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, tratándose en el caso, de las contempladas en el inciso 1° del artículo 1° de la misma Ley, esto es, de aquellas capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.*

*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 psicoactivos 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 dañosidad, 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 traficada 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 química de aquellas que describe el artículo 1° inciso 1° de la Ley N°20.000”.*

grado de pureza de la misma<sup>12</sup>. Por otra parte, dicho fallo agrega que la sola determinación de la presencia de la sustancia, que en este caso era cocaína sin determinarse el porcentaje de pureza de la misma, no permitió establecer si la sustancia tenía o no la idoneidad para provocar los graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública y por lo tanto los hechos no podían ser tipificados como tráfico de sustancias estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o síquica a las que se refiere el inciso 1° del artículo 1° de la Ley N°20.000. En consecuencia, en este caso concreto, nuestro máximo Tribunal, ante la ausencia de la determinación del grado o porcentaje de pureza de la sustancia, estimó que no se pudo acreditar y por tanto no concurrían en la especie todos los elementos que requiere el delito en cuestión para atribuirle la nota de tipicidad a los hechos juzgados por faltar el objeto material del mismo<sup>13</sup>.

### III. Acerca del rechazo del recurso de nulidad por la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique y sus fundamentos

Vistos los antecedentes del recurso, corresponde abocarnos al pronunciamiento y fundamentos de la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique que resultó en el rechazo del recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública.

Se hace presente que los elementos centrales que se debatieron con ocasión del conocimiento de este recurso dicen relación fundamentalmente con el objeto material del delito del artículo 4° de la Ley N°20.000, la relevancia típica del artículo 43° de la misma norma legal, el grado de pureza como elemento del tipo del delito en cuestión y la supuesta ausencia de antijuridicidad material de los hechos que tuvo por acreditados el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique.

12 A nuestro juicio existen diferencias sustanciales entre la sentencia que fue objeto de recurso de nulidad y que le correspondió conocer a la Excm. Corte Suprema en el Rol N°4215-12 y la nulidad del juicio oral que conoció la Iltma Corte de Apelaciones de Iquique, que no permiten extrapolar las conclusiones del primero. En efecto, sin perjuicio del efecto relativo de las sentencias judiciales, es menester decir que en el caso conocido por nuestro máximo Tribunal, en donde según se desprende del propio motivo décimo cuarto del fallo, en dicho 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. Además, si bien sólo se estableció su presencia, en dicho caso había carbonatos, es decir una sustancia inorgánica en sus componentes o dañinidad, que comúnmente se utiliza para aumentar la droga. Y finalmente es importante mencionar 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.

13 Cfr. en este mismo sentido, ARRIETA CONCHA, Nicolás, “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”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 52, Santiago, Chile, 2012, págs. 134 y 135.

Conforme a lo antes referido, el fallo de la Iltma. Corte de Iquique en su considerando 3° explicita cómo el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, por decisión de mayoría en conformidad a las pruebas presentadas, valoradas y ponderadas en uso de sus facultades en conformidad a la ley, estimó que los hechos de la acusación del Ministerio Público fueron demostrados, afirmando que la circunstancia de haberse omitido en la pericia de la droga la indicación de la pureza de la misma no es obstáculo para la decisión de condena que adoptaron toda vez que: *“...la norma del inciso final del artículo 4 de la Ley 20.000, permite establecer la existencia del delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga una vez determinada la identidad de la misma, y cuando las circunstancias de la posesión o porte de ella sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título. Luego, la calificación jurídica que confirieron a los hechos acreditados fue la de un tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, descartando de esa manera la tesis absolutoria formulada por la defensa del imputado, basada en la omisión de la pureza de la droga en el respectivo peritaje incorporado al juicio oral”*<sup>14</sup>.

Lo dicho en el considerando 3° del fallo del tribunal superior, adquiere mayor relevancia cuando en su considerando 4° se ocupa de esclarecer cuáles son la facultades que posee la Corte de Apelaciones cuando conoce un recurso de nulidad respecto de los hechos que son fijados por el respectivo Tribunal Oral en lo Penal; determinación que tiene enormes consecuencias a la hora de referirse a los medios de pruebas que se rindieron en el juicio oral por las partes y a la valoración que de los mismos realizó el Tribunal Oral. En efecto, sobre este punto el mencionado considerando 4° señala: *“Que a la luz de la causal de nulidad planteada en el recurso, los hechos establecidos en el motivo noveno de la sentencia recurrida resultan inamovibles, de manera que, por una parte, los cuestionamientos que en el libelo se formulan acerca de las pruebas rendidas y el valor que a ellas le asignaron los jueces de mayoría, para establecer la conducta que se ha sancionado, carecen de asidero, pues se pretende una nueva calificación jurídica de los hechos, actividad que está absolutamente vedada a esta Corte, en atención a la naturaleza de derecho estricto que ostenta el recurso de nulidad”*<sup>15 16</sup>.

Sentado este punto, el mismo considerando 4°, en su parte final, sintetiza y se pronuncia claramente sobre los aspectos centrales del debate que enunciamos

---

14 Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, 27 de noviembre de 2012, Rol N°116-2012, considerando 3°.

15 Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, 27 de noviembre de 2012, Rol N°116-2012, considerando 4°.

16 No nos extenderemos en esta oportunidad sobre este capital tema, pues anteriormente nos referimos al mismo. En este sentido ver CASTRO BEKIOS, Juan, “Recurso de nulidad acogido por la Corte de Apelaciones de Iquique, interpuesto por la Fiscalía de Tarapacá, en contra de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, el cual recalificó a la figura del artículo 4° de la Ley N°20.000, el transporte de una considerable cantidad de droga”. En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 49, Santiago, Chile, 2011, págs. 168-170.

anteriormente. En este orden de ideas, en dicho motivo el fallo es categórico en señalar que: *“...el núcleo de la conducta tipificada en el artículo 4 de la Ley 20.000, lo que requiere es un objeto material, es decir, droga o estupefacientes que puedan causar daños a la salud pública, sin que señale o requiera una remisión al artículo 43 de la misma ley, ya que la pureza de la droga no es elemento del tipo penal, de suerte que habiéndose acreditado la identidad de la sustancia, aun cuando no se determinó su pureza, ello es suficiente para entender que se han dado los elementos típicos de la norma citada precedentemente”*<sup>17</sup>.

De este modo la sentencia se ocupa de precisar cuál es el objeto material en el delito tipificado en el artículo 4° de la Ley N°20.000, explicitando que son las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. Añade además, otro elemento de significación, cual es, que no se requiere para la construcción del tipo penal en cuestión ninguna referencia o remisión al artículo 43° de la misma ley, como sostuvo la Defensoría Penal Pública en su recurso. A mayor abundamiento, el mismo considerando es preciso en señalar como consecuencia de lo anterior que la pureza, porcentaje o grado de concentración de la droga, no es un elemento del tipo penal que nos ocupa, por ello finaliza concluyendo que aun cuando no se determine la pureza de la droga, la sola presencia de la misma es suficiente para estimar que se reúnen los elementos típicos necesarios para satisfacer la figura penal del artículo 4° de la Ley N°20.000. Estimamos de nuestra parte que ésta es la interpretación correcta del alcance de dicha norma y que la interpretación que hace la defensa de los elementos del tipo del referido artículo 4° no es la acertada.

En este mismo orden de ideas, respecto del objeto material del delito y la pretendida exigencia del señalamiento expreso en la pericia de droga del porcentaje de pureza de la misma, cabe señalar que, recurriendo a una interpretación sistemática de las disposiciones de la Ley N°20.000, si repasamos el artículo 63° de dicha ley, éste establece que un reglamento señalará las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 1°, 2°, 5° y 8. Asimismo, dicho reglamento sancionado por el Decreto Supremo N°867 de 19 de febrero de 2008, en su artículo 1°, inscribe a la cocaína dentro de este tipo de drogas, sin realizar ningún tipo de mención o referencia a que deba tratarse de una droga con determinada pureza. En consecuencia, la figura del artículo 4° de la Ley de Drogas, no contempla dentro de los elementos descriptivos del tipo, la determinación de la pureza o concentración de la droga.

Por otra parte, en nuestra opinión el considerando 4° del fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique acierta cuando establece el objeto material

<sup>17</sup> Corte de Apelaciones de Iquique, 27 de noviembre de 2012, Rol N°116-2012, considerando 5°.

del delito en cuestión y cómo esto se traduce en la exigencias que impone el tipo delictivo del artículo 4°, dejando sentado que es suficiente que nos encontremos en presencia de una droga o estupefaciente que pueda causar daños a la salud pública. Es por esta razón, que a nuestro juicio, no podía prosperar la causal de nulidad invocada debido a que por las propias características del recurso de nulidad establecido como de derecho estricto, que por su naturaleza entrega competencias restringidas para la revisión del fallo por parte de los tribunales superiores, estándoles vedado realizar una nueva valoración de los diversos elementos probatorios proporcionados con la finalidad de establecer la existencia de hechos diferentes a los establecidos en la sentencia recurrida. Teniendo esto presente, cabe mencionar que la sentencia recurrida del Tribunal Oral en lo Penal en su considerando 8° efectuó la mencionada valoración de los medios de prueba rendidos en el juicio oral y conforme a dicha valoración tuvo por acreditada la existencia del objeto material exigido por el tipo penal en cuestión al señalar que: *“La identidad de la sustancia incautada como cocaína base, droga incluida entre las indicadas por el referido artículo 4° y por el artículo 1° del Reglamento de la Ley 20.000, se determinó con la pericia química del profesional Duffau Garrido al concluir que la muestra signada 2026-2011 M1-1, corresponde a cocaína base, conclusión que resultó suficiente para producir convicción, por emanar de un profesional calificado de la especialidad, y por fundarse en el análisis científico efectuado previas las pruebas de rigor que indicó, pericia que se vio respaldada con los documentos reseñados en el numeral 3° del motivo quinto, en cuanto demostraron la conexión existente entre las muestras analizadas por el perito y el estupefaciente incautado al acusado, acreditando el informe sobre tráfico y acción de la cocaína en el organismo emitido por el Servicio de Salud, que el mismo causa grave daños a la salud pública en los términos previstos en el inciso primero del artículo 1° citado”*<sup>18</sup>.

Enseguida, respecto de las alegaciones que hizo la defensa en orden a la falta de antijuridicidad material<sup>19 20</sup> en los hechos que nos ocupan, la que debería traducirse en una causal de absolución, el fallo de la Iltma Corte de Apelacio-

18 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 3 de octubre de 2012, RUC N°1110013602-5, RIT N°162-2012, considerando 8°.

19 NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo I, tercera edición, p. 315: *“Fue Franz Von Liszt quien formuló la distinción entre antijuridicidad formal y material, refiriendo la primera a aquello que formalmente contradice los mandatos estatales y la segunda aquello a aquello que significa una conducta contraria a los fines de la convivencia humana y que es socialmente perjudicial por afectar los intereses vitales para la comunidad”*

20 En el mismo texto, Novoa Monreal refiriéndose a las características de la antijuridicidad nos recuerda lo señalado por Edmundo Mezger quien: *“encuentra el contenido material del injusto en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, bien que aparece como objeto de protección de la ley o como objeto de ataque contra el que se dirige el delito”*, NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, Tomo I, tercera edición, p. 316.

nes de Iquique indica que “...la mayoría del Tribunal consideró que, a pesar de no haberse incorporado la información relativa a la pureza de la sustancia incautada, criterio que la Ley 20.000 menciona en su artículo 4 para efectos de discernir entre una hipótesis de tráfico en pequeñas cantidades o bien de una situación de consumo personal y próximo en el tiempo, el peligro que la misma constituía para la salud pública fue científicamente determinado por el protocolo o informe químico incorporado en el juicio, mediante la declaración del perito Boris Duffau, quien señaló que la muestra contenía sólo cocaína base, refiriéndose también a los efectos que produce en el organismo su consumo y a los graves daños para la salud pública y su toxicidad, independiente del grado de pureza o concentración de la sustancia remitida a su conocimiento”<sup>21</sup>.

Es claro entonces, según lo resuelto por la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, que la sustancia incautada en la investigación y que luego fue materia de discusión en el juicio oral, constituye un peligro para la salud pública, lo que además fue científicamente comprobado a través de la pericia o informe químico que, además de establecer que la sustancia era sólo cocaína base, a través de la declaración del perito, permitió acreditar que el consumo de la misma produce en el organismo graves daños para la salud pública independiente del grado de pureza o concentración de la sustancia<sup>22</sup>.

Al concluir, la parte final del fallo del Tribunal Superior de Iquique, es de sustantiva importancia pues, de la misma, se pueden extraer las conclusiones que en definitiva se hacen cargo de los principales fundamentos del recurso planteado por la Defensoría. En consecuencia, el fallo aclara que el porcentaje de pureza no es elemento del tipo penal del delito establecido en el artículo 4° de la Ley N°20.000, señalando también que, en cuanto al resultado, nos encontramos frente a un delito de peligro abstracto también llamados delitos de peligro presunto, es decir, de aquellos que a diferencia de lo que ocurre con los delitos de peligro concreto, no requiere que se demuestre que efectivamente se haya producido una situación de riesgo o probabilidad de lesión para el bien jurídico, ello porque la ley parte de la base que la actividad que realiza el sujeto activo es generalmente idónea para poner en riesgo bienes jurídicos y en este caso el legislador al formular y describir la figura típica que nos ocupa ha estimado que efectivamente la sola presencia de la sustancia u objeto material del delito independiente de la pureza de la misma, en la medida que exista

21 Corte de Apelaciones de Iquique, 27 de noviembre de 2012, Rol N°116-2012, considerando 4°.

22 En similar sentido se pronuncia la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique, 15 de noviembre de 2011, Rol N°106-2011, considerando 10°, al señalar: “...de manera que no importando la forma en que se venda, siempre llevará consigo el principio activo de la droga, con lo cual producirá daño a la salud de las personas que la consuman, que es el bien jurídico protegido por el legislador y cuya puesta en riesgo o peligro permanece, cualquiera sea el grado de pureza o concentración de la misma”.

una conducta constitutiva de tráfico de drogas constituye un peligro para el bien jurídico ofendido, esto es, la salud pública.

Por ello el considerando 5° de la sentencia de la Iltma Corte de Apelaciones de Iquique finaliza señalando que: *“En consecuencia, el establecimiento del grado de pureza de la sustancia no está incluido en el tipo del delito de tráfico de droga en pequeñas cantidades, previsto en el artículo 4, en relación con el artículo 1 de la Ley N°20.000, y siendo el delito de tráfico de drogas uno de peligro abstracto, no requiere para su verificación la existencia de una lesión efectiva al bien jurídico, sino solamente que el estupefaciente, en este caso, cocaína base, sea apto para producirlo, como ha ocurrido en la especie”*<sup>23</sup>.

#### IV. Conclusiones

El alcance de la sentencia que comentamos se manifiesta en tres órdenes de ideas que a nuestro juicio son las fundamentales.

En primer término, en relación a las exigencias del tipo penal del artículo 4° de la Ley N°20.000 y en lo fundamental, la pretendida elevación de la indicación de la pureza de la droga a elemento del tipo penal, este pronunciamiento deja asentado que ello no lo es y en consecuencia tampoco forman parte de dicho tipo penal los requisitos que establece el artículo 43° de la Ley de Drogas para la confección de los protocolos de análisis. Dicha conclusión es absolutamente coherente con el sistema probatorio que rige hace ya más de una década en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, en virtud del cual por disposición del artículo 295 del Código Procesal Penal se consagra un sistema de libertad de prueba, por tanto es perfectamente consecuente con dicho principio, que la prueba de la droga incluso pueda producirse a través de un medio diverso del protocolo de análisis que regula el artículo 43° de la Ley N°20.000.

En segundo lugar, se reafirma el criterio que se ha venido asentando en la jurisprudencia, en el sentido que el daño al bien jurídico en estos delitos, esto es, la salud pública, se provoca cada vez que se encuentra presente el principio activo de la cocaína en una sustancia, independiente del grado de pureza que tenga la misma, es decir, una vez que se encuentre acreditada la presencia de la sustancia en cuestión se entiende que existe peligro para la salud pública.

Finalmente, y en tercer lugar, el fallo que comentamos a nuestro parecer es una demostración de que las conclusiones que la Defensoría Penal Pública ha extraído de la sentencia de la Excma. Corte Suprema en el Rol N°4215-12<sup>24</sup> de 25 de julio de 2012, no son extrapolables a otros casos análogos como se ha

<sup>23</sup> Corte de Apelaciones de Iquique, 27 de noviembre de 2012, Rol N°116-2012, considerando 5°.

<sup>24</sup> Ver notas N°11 y 12.

pretendido, ello porque tal como se desprende de la propia sentencia referida en el caso que conoció la Excma. Corte Suprema confluieron factores específicos que llevaron a que en ese caso concreto se acogiera el recurso de nulidad y se invalidara sólo la sentencia procediendo a dictar sentencia de reemplazo. En efecto, dichas circunstancias particulares que concurrieron en dicho caso concreto, como la circunstancia que la droga estaba mezclada con carbonatos, que la pericia no logró amplificar pureza y que además, en ese caso en particular el perito no se refirió a los efectos nocivos de la sustancia incautada (pasta base de cocaína) en concreto, sino que sólo en general a los efectos que la cocaína provoca en el organismo, hacen que la invocación de la misma en otros casos se vea extremadamente limitada<sup>25</sup>.

En suma, cabe agregar que el fallo de la Excma. Corte Suprema que invocó la Defensoría no recoge la tesis que se desprende de los fundamentos esgrimidos por la defensa en su recurso, puesto que no hace suyo el argumento conforme al cual los requisitos del protocolo de análisis del artículo 43° de la Ley de Drogas serían elementos del tipo del artículo 4° de la Ley N°20.000.

### Texto de la sentencia

Iquique, veintisiete de noviembre dos mil doce.

### VISTO:

Que en estos autos RUC N°1110013602-5, RIT N°O-162-2012, una Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique dictó sentencia con fecha tres de octubre del año en curso, condenando, por votación de mayoría, a Alain Rogers Troncoso Palaverchino, a la pena de 541 días de presidio menor en su

grado medio, multa y accesorias legales, como autor de un delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de estupefacientes.

En contra de dicha sentencia, la Defensora Penal doña Scarlett Muñoz Venegas, en representación del sentenciado, dedujo recurso de nulidad, invocando la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal.

A la audiencia dispuesta para conocer el recurso, asistió el Defensor Penal don Angello Marey Maffei, quien detalló los argumentos en que

25 Abona a los argumentos que planteamos la circunstancia que la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica, 28 de septiembre de 2012, Rol N°255-2012, al igual que en el fallo que comentamos, rechazó un recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública, en donde en dicha oportunidad mediante la causal de nulidad absoluta del artículo 374 letra e) en relación al artículo 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal, fundamentó argumentando también sobre la base de la falta de determinación del porcentaje de pureza de la sustancia ilícita e invocando el fallo de la Excma. Corte Suprema y señalando, a juicio de la defensa, que el máximo Tribunal ha considerado dicho fundamento en la referida sentencia del 25 de julio de este año, en que se resolvió que no estaba acreditado el objeto del delito.

basa sus pretensiones, en tanto que el abogado del Ministerio Público, don Juan Castro Bekios, manifestó su oposición a que sea acogido dicho libelo.

### **CONSIDERANDO:**

Primero: Que la Defensa del sentenciado Troncoso Palaverino, invocando la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, plantea que el tribunal ha incurrido en un error de derecho, pues ha estimado acreditada la existencia de droga sin que aquello se haya comprobado en el juicio.

Indica que el inciso primero del artículo 43 de la Ley 20.000 detalla los contenidos del protocolo de análisis de las sustancias respectivas, entre ellos el grado de pureza, lo cual tiene por finalidad acreditar científicamente la existencia de la sustancia y su eventual capacidad para producir dependencia, daños o efectos tóxicos graves para la salud, permitiendo que el sentenciador pueda tener por constituido el tipo penal. Sin embargo, en el presente caso ello no fue así, según lo reconoció el propio perito químico, al reconocer en su declaración que no se señaló la pureza de la muestra por un tema de índole administrativo, esto es, que por una sobrecarga laboral, sólo se cuantificaría los decomisos superiores a 10 gramos netos.

Añade la defensa que producto de la omisión de un elemento requerido por la ley en el peritaje y posterior sentencia condenatoria valorando el mismo, se han visto afectados direc-

tamente los principios de legalidad y de lesividad. En el primer caso, porque la Ley 20.000 señala la forma en que se debe acreditar la existencia, cantidad, calidad y pureza de las sustancias consideradas peligrosas para el bien jurídico que se busca proteger, pero el Tribunal lo vulnera al no exigir que el peritaje contenga todos los elementos que señala el artículo 43 de dicha ley, otorgando a la experiencia del perito la entidad suficiente para reemplazar la determinación de la pureza de la sustancia incautada.

Segundo: Que en cuanto al principio de lesividad, esto es, que la conducta debe ser capaz de afectar el bien jurídico protegido en términos que la intervención del proceso penal se encuentre legitimada, señala que también ha sido vulnerado con la sentencia impugnada. En efecto, aduce que siendo los delitos previstos en la Ley 20.000 de peligro abstracto, su foco de protección está en los bienes jurídicos supraindividuales como es la salud pública, de manera que en lo mediato es un delito de resultado, esto es, aquellos que requieren para su consumación de la generación de un resultado separado temporal y espacialmente de la conducta, y desde esa perspectiva considera que el ilícito de autos aparece enmarcado dentro de lo que puede entenderse como delitos de peligro abstracto propio, es decir, debe existir el peligro de lesión concreta para considerar la conducta típica, lesión que está supeditada a la existencia de una sustancia capaz de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, siendo ello el motivo

por el cual el artículo 43 exige la elaboración de un informe completo, que permita dilucidar cualquier duda acerca de la existencia o no de dicha sustancia, toda vez que ella es un requisito o condición sine qua non de estar en presencia de un injusto penado por la ley, concurriendo los demás requisitos del tipo. Por ende, la inexistencia de la sustancia hace que la conducta carezca de la antijuricidad material, elemento necesario para fundar la sanción penal.

Así, concluye que la decisión de mayoría de condenar a su defendido por el delito previsto en el artículo 4 de la Ley 20.000, sin contar con un informe científico que acredite la pureza de la sustancia presentada para su análisis, configura una errónea aplicación del derecho, pues no se han agotado las exigencias del tipo penal señalado, lo cual ha tenido una influencia sustancial en el fallo, ya que de haber aplicado correctamente el derecho se debió absolver a su representado.

De este modo, la petición que dejó formulada fue que se invalide la sentencia recurrida, y conforme a las facultades previstas en el artículo 385 del Código Procesal Penal, dicte una sentencia de reemplazo, o bien, anule el juicio oral y la sentencia, estableciendo el estado en que deberá quedar la causa, disponiendo la realización de un nuevo juicio por un tribunal no inhabilitado.

Tercero: Que según se lee en la sentencia recurrida, los jueces del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, por decisión de mayoría, estimaron de acuerdo a las probanzas que les

fueron presentadas, las que valoraron y ponderaron en uso de las facultades que les son propias -y de acuerdo con las exigencias que señala la ley-, que los hechos imputados en la acusación del Ministerio Público, fueron efectivamente demostrados, afirmando que la omisión en la pericia sobre la pureza de la droga analizada no es un obstáculo a la decisión de condena, desde que la norma del inciso final del artículo 4 de la Ley 20.000, permite establecer la existencia del delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga una vez determinada la identidad de la misma, y cuando las circunstancias de la posesión o porte de ella sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título. Luego, la calificación jurídica que confirieron a los hechos acreditados fue la de un tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas, descartando de esa manera la tesis absoluta formulada por la defensa del imputado, basada en la omisión de la pureza de la droga en el respectivo peritaje incorporado al juicio oral.

Cuarto: Que a la luz de la causal de nulidad planteada en el recurso, los hechos establecidos en el motivo noveno de la sentencia recurrida resultan inamovibles, de manera que, por una parte, los cuestionamientos que en el libelo se formulan acerca de las pruebas rendidas y el valor que a ellas le asignaron los jueces de mayoría, para establecer la conducta que se ha sancionado, carecen de asidero, pues se pretende una nueva calificación jurídica de los hechos, actividad que está absolutamente vedada a esta Corte, en atención a

la naturaleza de derecho estricto que ostenta el recurso de nulidad.

Por otra parte, el núcleo de la conducta tipificada en el artículo 4 de la Ley 20.000, lo que requiere es un objeto material, es decir, droga o estupefacientes que puedan causar daños a la salud pública, sin que señale o requiera una remisión al artículo 43 de la misma ley, ya que la pureza de la droga no es elemento del tipo penal, de suerte que habiéndose acreditado la identidad de la sustancia, aun cuando no se determinó su pureza, ello es suficiente para entender que se han dado los elementos típicos de la norma citada precedentemente.

Quinto: Que por último, en cuanto a la falta de antijuricidad material en el delito acreditado, como causal de absolución, la mayoría del Tribunal consideró que, a pesar de no haberse incorporado la información relativa a la pureza de la sustancia incautada, criterio que la Ley 20.000 menciona en su artículo 4 para efectos de discernir entre una hipótesis de tráfico en pequeñas cantidades o bien de una situación de consumo personal y próximo en el tiempo, el peligro que la misma constituía para la salud pública fue científicamente determinado por el protocolo o informe químico incorporado en el juicio, mediante la declaración del perito Boris Duffau, quien señaló que la muestra contenía sólo cocaína base, refiriéndose también a los efectos que produce en el organismo su consumo y a los graves daños para la salud pública y su toxicidad, independiente del grado de pureza o

concentración de la sustancia remitida a su conocimiento.

En consecuencia, el establecimiento del grado de pureza de la sustancia no está incluido en el tipo del delito de tráfico de droga en pequeñas cantidades, previsto en el artículo 4, en relación con el artículo 1 de la Ley N°20.000, y siendo el delito de tráfico de drogas uno de peligro abstracto, no requiere para su verificación la existencia de una lesión efectiva al bien jurídico, sino solamente que el estupefaciente, en este caso, cocaína base, sea apto para producirlo, como ha ocurrido en la especie.

Sexto: Que por lo avanzado, no cabe sino concluir que no existe la errónea aplicación de derecho, con influencia en lo dispositivo del fallo, que se ha denunciado en el recurso de nulidad formulado por la defensa del sentenciado, razón por la cual éste será desechado.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del sentenciado Alain Rogers Troncoso Palaverchino, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique con fecha tres de octubre del presente año, en Sala integrada por los Jueces señor Juan Ibacache Cifuentes, señor Moisés Pino Pino y señora Juana Ríos Meza, y en consecuencia, se declara que dicha sentencia no es nula.

Regístrese, dése a conocer a los intervinientes y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Pedro Güiza Gutiérrez.

Rol I. Corte N°116-2012.

Pronunciada por los Ministros Sr. PEDRO GÜIZA GUTIÉRREZ, Sr. ERICO GATICA MUÑOZ, Sra. MÓNICA OLIVARES OJEDA y Srta. MIRTA CHAMO-

RRO PINTO. No firma la Ministro Sra. Olivares, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo por encontrarse ausente en comisión de servicios. Autoriza doña SOLEDAD VIELVA IRIONDO, Secretaria Suplente.

En Iquique, a veintisiete de noviembre de dos mil doce, notifiqué por estado diario la sentencia que antecede.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN COOPERACIÓN INTERNACIONAL  
Y EXTRADICIONES

---



## VIDEO CONFERENCIAS JUDICIALES INTERNACIONALES EXPERIENCIA PRÁCTICA

*Álvaro Hernández Ducos<sup>1</sup>*

---

### Introducción

El presente artículo busca difundir y promover el uso de las videoconferencias judiciales entre los fiscales adjuntos, abogados asesores y abogados asistentes de fiscal, sobre la base de la experiencia práctica acumulada los últimos años por parte de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones (en adelante, UCIEX) de la Fiscalía Nacional.

### Aspectos generales

La exigencia de rendir prueba directa ante el tribunal que conoce de una causa penal, en forma inmediata y no a través de la transcripción de los registros en que conste su declaración, tratándose de los testigos, o del informe pericial, en el caso de los peritos, ha planteado el desafío de producir dichos medios de prueba en audiencia a través del sistema de videoconferencias judiciales.

Si a ello le agregamos que los declarantes se encuentran residiendo en un país extranjero, tenemos entonces un desafío aún mayor.

En efecto, el artículo 329 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) dispone que:

*“Peritos y testigos en la audiencia de juicio oral. Durante la audiencia, los testigos y peritos deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 331 y 332”.*

Las excepciones arriba indicadas se refieren a casos en que sí se pueden incorporar los registros de sus declaraciones y pericias, pero suponen que debe existir un impedimento serio y grave para que testigos y peritos comparezcan (muerte, incapacidad física o mental) o que por un motivo difícil de superar no pudieren presentarse materialmente a declarar en la audiencia de juicio oral, pero que ya lo han hecho a través del mecanismo de prueba anticipada.

---

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

Sin embargo, por la libertad de desplazamiento que tienen los habitantes de Chile y por la facilidad para viajar, existen muchas otras posibilidades en que los testigos y peritos se encuentran fuera del país al momento en que tienen lugar las audiencias de juicio oral, sin que los fiscales puedan tomar conocimiento oportuno de esas situaciones o prever dichas ausencias, por lo que no pueden acudir al procedimiento de prueba anticipada.

Ante situaciones de esta naturaleza, nuestro legislador tomó algunos resguardos y consideró la posibilidad de llevar a cabo dichas declaraciones a través del sistema de videoconferencia judicial.

Antes de proseguir, es necesario establecer que la videoconferencia judicial no está concebida como un medio de prueba en sí mismo, sino que como una forma o modalidad de rendir prueba testimonial o pericial.

No se trata por tanto de un medio o mecanismo autónomo de prueba, sino que simplemente del uso de una tecnología para que pueda llevarse a cabo la declaración de un testigo o de un perito ante un tribunal, sujeto por tanto a las exigencias y condiciones que nuestra legislación contempla al efecto.

En este mismo sentido, nuestro Código Procesal Penal se refiere a ella en dos ocasiones: al tratar la prueba anticipada de testigos y peritos, y al referirse a la producción de prueba testimonial y pericial en el juicio oral.

## Clasificación

Se habla de videoconferencia activa cuando es solicitada por un fiscal adjunto chileno para que declaren personas que se encuentran en el extranjero. Se habla de pasiva, cuando el requirente es un órgano extranjero, como un tribunal o una fiscalía de otro país, para que declaren personas que se encuentran en Chile.

Se habla de videoconferencia judicial cuando se desarrolla frente a un tribunal, para que declaren válidamente personas que producirán prueba en un juicio específico. Son extrajudiciales todas las demás, sea que tengan por objeto realizar una diligencia de investigación, una reunión entre fiscales de diversos países para compartir información o llevar a cabo una reunión entre personas ubicadas en distintos lugares.

Existe un procedimiento que tiene algunas similitudes, que es la declaración anticipada de menores de edad, regulada en el artículo 191 bis del CPP, que si bien se hace a través de un medio tecnológico parecido (c circuito cerrado de TV), difiere completamente en cuanto a su naturaleza, condiciones y requisitos de la institución objeto de este análisis, partiendo del hecho que supone

que el declarante se encuentra físicamente en dependencias del tribunal y no en el extranjero.

### **Regulación de la videoconferencia judicial activa**

El artículo 192 del CPP, sobre *Anticipación de prueba testimonial en el extranjero*, se pone en la situación en que el testigo se encontrare en el extranjero y no pudiese estar disponible en Chile para la audiencia de juicio oral, razón por la cual prescribe que su declaración podrá tomarse ante un cónsul chileno o ante el tribunal del país en que se hallare, según resultare más conveniente y expedito.

Para ello, y teniendo en cuenta lo excepcional del supuesto que lo genera, así como del hecho que la decisión recae en un tribunal unipersonal (juez de garantía), establece la necesidad de consulta a la Corte de Apelaciones respectiva, quien deberá entonces oficiar al Ministerio de Relaciones Exteriores para su adecuado diligenciamiento.

El artículo 329 del CPP, en su inciso final, por su parte, se refiere a la declaración de testigos y peritos que por un motivo grave y difícil de superar no pudieren comparecer a la audiencia de juicio oral. Esta regulación, en sentido estricto, supone que el declarante se encuentra en otra localidad del territorio nacional, permitiendo entonces su declaración por videoconferencia ante el tribunal con competencia en materia penal más cercano al lugar en que se encuentre.

En estos casos se exige que la parte que presenta los testigos o peritos que se encuentren en esta situación, debe fundamentar su pedido en una audiencia especial citada para este efecto, ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

Como se puede apreciar, las hipótesis antes reseñadas difieren bastante una de otra y son de competencia de tribunales distintos.

Sin embargo, una interpretación sistemática de ambas disposiciones ha permitido llevar adelante numerosas videoconferencias judiciales internacionales, como se verá más adelante. Esta interpretación ha sido acogida por nuestros tribunales, al inicio con algunas dudas y resoluciones contradictorias, pero hoy en día ya podemos señalar que con un criterio uniforme.

En concreto, actualmente existe consenso en que la regulación existente permite llevar a cabo videoconferencias judiciales internacionales bajo los siguientes supuestos y con las exigencias que se detallan a continuación:

## 1) Declaración anticipada de testigos<sup>2</sup>

Debe ser solicitada ante el Juez de Garantía, para el evento que el testigo no pueda presentarse a las audiencias de juicio oral que se vayan a fijar, por encontrarse en el extranjero. No está prevista para la declaración de peritos.

La resolución del tribunal debe ir en consulta a la Corte de Apelaciones respectiva, quien si resuelve acoger la petición, deberá oficiar al efecto al Ministerio de Relaciones Exteriores.

## 2) Declaración de testigos y peritos en juicio oral

Debe ser solicitada ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (en adelante TOP), para el evento que el testigo o el perito no puedan presentarse a las audiencias de juicio oral, por encontrarse en el extranjero y que no haya participado en un procedimiento previo de prueba anticipada.

La petición debe ser resuelta por el TOP en una audiencia especial convocada para este efecto y no requiere de consulta ante la Corte de Apelaciones respectiva.

En un comienzo, algunos TOP autorizaban la práctica de videoconferencia, a condición que la Corte de Apelaciones respectiva confirmara dicha resolución, para lo cual remitían oficio al Presidente de la misma. En otras ocasiones, oficiaban al Ministerio de Relaciones Exteriores para que condujeran un exhorto internacional al país en el cual residía el perito o testigo. Estas soluciones fueron siendo abandonadas paulatinamente.

### Pasos prácticos para llevar a cabo una videoconferencia

Desde el momento en que un fiscal adjunto se percató que un testigo o un perito se encuentran en el extranjero, debe iniciar un procedimiento destinado a obtener su declaración en el juicio oral que se avecina.

Sin duda que se tratará de la declaración de **testigos o peritos considerados esenciales o claves para la investigación y el juicio**, que justifican el uso de esta herramienta. De los casos que hemos tenido, podemos destacar a víctimas de violación o de abusos sexuales, y a los peritos sexológicos. En casos de homicidio, se ha usado para que declaren por esta modalidad los peritos armeros que periciaron las armas encontradas.

2 Se ha usado una sola vez, en la causa RUC 1000055338-2, por cuasidelito de lesiones graves, de la Fiscalía Regional de Aysén, para la declaración de un conjunto de personas que residían en distintos países europeos. Tuvo lugar entre París y Coihaique.

La comprobación que se encuentran disponibles estos testigos o peritos esenciales debiera producirse antes de la audiencia de preparación de juicio oral; en la práctica nos hemos encontrado con situaciones en que el fiscal adjunto se entera que el testigo o el perito se encuentra en el extranjero unos pocos días antes de la audiencia de juicio oral respectiva, lo cual sin duda complica la organización de una videoconferencia internacional.

El procedimiento que se describe a continuación es complejo y requiere la participación de varios actores. Sin embargo, la experiencia práctica ha demostrado que es absolutamente eficaz y confiable.

### Procedimiento operativo

Para un mejor análisis y comprensión del procedimiento de puesta en práctica, lo dividiremos en las siguientes nueve etapas, que a continuación desarrollamos:

- 1) CONTACTO CON EL TESTIGO O PERITO QUE DEBE DECLARAR.
- 2) CONTACTO CON UCIEX.
- 3) AUTORIZACIÓN JUDICIAL.
- 4) ELECCIÓN DEL SISTEMA TECNOLÓGICO DE COMUNICACIÓN.
- 5) MINISTRO DE FE.
- 6) CONTACTO CON UN CÓNsul CHILENO EN EL EXTRANJERO.
- 7) AUTORIZACIÓN DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES.
- 8) INSTALACIÓN Y PRUEBA DE EQUIPOS.
- 9) VIDEOCONFERENCIA PROPIAMENTE TAL.

- 1) Localizar al testigo o perito y establecer un medio de comunicación (correo electrónico o teléfono), que permita contactarse con él y solicitarle su participación en el juicio a través del sistema de videoconferencia.

Hay que tener presente que por el solo hecho de encontrarse en el extranjero, no existe posibilidad real alguna de coerción para contar con su declaración, pues, por ejemplo, una orden de arresto dictada por un tribunal nacional para obligar la comparecencia a una audiencia carece de valor ante la policía y el sistema de justicia de otro Estado. Por otra parte, es impensable el envío de agentes policiales chilenos para cumplir con una medida de ese tipo en territorio extranjero. En este sentido, es necesario convencer al declarante de la necesidad de contar con su participación.

Tratándose de víctimas del delito, aparentemente es más fácil lograr su declaración, precisamente por el interés que puedan tener en el resultado del juicio y porque por el hecho de encontrarse en el extranjero

(al menos por un tiempo prolongado) están a mayor resguardo que si estuviesen en territorio nacional.

En el caso de los peritos, hemos tenido experiencias notables, de personas que siendo funcionarios del Servicio Médico Legal o de algún laboratorio especializado de alguna de las policías, debieron hacer un peritaje durante la etapa de investigación y que luego se han ido al extranjero buscando nuevos horizontes laborales o para cursar estudios de post-grado. Pues bien, pese a que han renunciado a sus instituciones de origen, han accedido a prestar declaración en juicio por un bien entendido deber de servicio público.<sup>3</sup>

La tarea de convencimiento está a cargo del fiscal de la causa, de su abogado ayudante o, cuando sea el caso, de algún profesional de la Unidad Regional de Atención a Víctimas y Testigos.

- 2) Comunicar la situación a la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones (UCIEX) de la Fiscalía Nacional, para que pueda llevar a cabo las siguientes acciones:
  - a) Prestar asesoría legal directa a los fiscales adjuntos, abogados asistentes y asesores jurídicos en estas materias.
  - b) Solicitar la autorización para la actuación del Cónsul chileno respectivo a la Dirección General Consular e Inmigración del Ministerio de Relaciones Exteriores.
  - c) Colaborar con el fiscal adjunto respectivo para la elaboración de una solicitud de asistencia penal internacional que permita la actuación de un tribunal extranjero, si fuere el caso.
  - d) Establecer el mecanismo tecnológico más adecuado para llevar a cabo la videoconferencia, apoyando a los profesionales y técnicos de informática de las áreas de gestión e informática de las fiscalías regionales, para poder llevar a cabo las pruebas de comunicación y la videoconferencia misma.
  - e) Asumir la coordinación general del procedimiento, poniendo en contacto a los diversos actores que deben intervenir, previendo soluciones a las diferencias horarias existentes entre el lugar en que se presta la declaración y el lugar en que se recibe, consiguiendo la presencia de intérpretes si el idioma fuese diferente, etc.

3 Podemos mencionar a la Sra. Karinna Lattes, ex médico legista del Servicio Médico Legal, que ha participado en doce videoconferencias desde Barcelona; y al Sr. Carlos Navarrete, ex perito armero del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Chile, que ha participado en dos videoconferencias desde Ciudad de México.

- 3) Solicitar al tribunal respectivo que se lleve a cabo una audiencia especial para debatir sobre la procedencia de llevar a cabo una videoconferencia judicial internacional, fijando fecha y hora para llevarla a cabo.

El sustento legal, como ya se ha mencionado, es la interpretación sistemática de los artículos 192 y 329 inciso final del CPP. El tribunal competente será un Juzgado de Garantía o un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, según sea el caso.

Para esto, hay que tener presente la diferencia de hora existente con el país donde reside el testigo o perito, que por ejemplo tratándose de un país europeo pueden ser de entre 4 a 6 horas más.

- 4) Determinar el medio o sistema tecnológico que se empleará para llevar a cabo la videoconferencia.

Existen varios sistemas para llevar a cabo este procedimiento: ISDN, IP, Skype, Scopia, etc. Cada uno cuenta con ventajas y desventajas desde el punto de vista de los costos y de la calidad de la imagen y sonido.

Hasta mediados del año 2011 era usual contratar los servicios de una empresa externa que tuviera corresponsales en el extranjero. Era un sistema de elevado costo financiero, que exigía pasar a través del Comité de Gastos de la Fiscalía Nacional para ser autorizado y que en el extranjero obligaba a los cónsules y a los declarantes a trasladarse a oficinas ubicadas en lugares poco amigables dentro de la ciudad en que se encontraban.

Desde fines del año pasado, el Poder Judicial creó un sistema de videoconferencias propio denominado SCOPIA, absolutamente validado por los tribunales, de uso gratuito, respecto del cual basta con solicitar claves de acceso a cada una de las sesiones en que se tomará la declaración.

- 5) Determinar el ministro de fe que se usará para certificar la identidad de las personas que deban declarar.

Nuestro CPP establece dos posibilidades: un tribunal extranjero o un cónsul de Chile acreditado en el lugar.

- a) **Tribunal extranjero:** su participación debe ser solicitada a través del mecanismo de Requerimiento de Asistencia Penal Internacional, por vía diplomática ante las autoridades centrales del país correspondiente.

Existen varios instrumentos internacionales que consagran la Asistencia Judicial Recíproca entre distintos países. La videoconferencia internacional es ciertamente una de las herramientas disponibles para hacer efectiva la cooperación internacional en materia penal.

Para nuestro país, es particularmente relevante la Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal, suscrita en Nassau, Bahamas, en 1992<sup>4</sup>, referida a todo tipo de delitos. Además, existen numerosos otros tratados internacionales, referidos a la investigación y represión de delitos en áreas específicas, que contienen también normas que promueven y facilitan la asistencia jurídica entre sus miembros<sup>5</sup>.

Sin embargo, se trata de un procedimiento que exige el cumplimiento de varias formalidades (debe solicitarse por escrito, contener una serie de menciones específicas, remitirse a una autoridad central a través de conductos diplomáticos, etc.), por lo que no es una herramienta lo suficientemente rápida y flexible que pueda responder adecuadamente a los tiempos y exigencias que plantea la declaración de testigos y peritos en un juicio penal.

En nuestra práctica, hemos tenido sólo dos casos de videoconferencias judiciales en que ha participado un juez extranjero, quien ha asumido un rol que va más allá que ser un simple ministro de fe, debiendo conducirse las preguntas a través de él. En ambos casos se ha tratado de tribunales peruanos<sup>6</sup>, con presencia de fiscales y abogados defensores de ese país.

**b) Cónsul chileno en el extranjero:** esta modalidad la más utilizada y será analizada en detalle más adelante.

En este caso no es necesario formular un Requerimiento de Asistencia Penal a otro país, todos los actores que intervienen son chilenos, se usa el mismo idioma y otorga la flexibilidad y rapidez que la situación requiere.

6) Determinar el cónsul chileno que será usado como ministro de fe y contactarlo, para establecer su disponibilidad horaria y verificar que cuente con las herramientas tecnológicas suficientes para llevar a cabo

4 Promulgado por Decreto Supremo N°108 del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado en el Diario Oficial de 8 de julio de 2004.

5 Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, conocida como “Convención de Palermo”, suscrita el 15 de noviembre de 2000 y publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2005; la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, suscrita el 20 de diciembre de 1988 y publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 1990; la Convención Interamericana contra la corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996 y publicada en el Diario Oficial el 2 de febrero de 1999; entre otras.

6 En causa Rol de Ingreso Corte Suprema N°2.693-2012, por extradición pasiva por delito de extorsión (amenazas condicionales) y en causa RUC 1100089850-5, de la Fiscalía Local de Viña del Mar, por el delito de amenazas.

una videoconferencia, en especial si se usará el sistema SCOPIA. Esta función la cumple UCIEX.

Hay que señalar que debe tratarse de un cónsul de carrera, esto es, que sea funcionario diplomático, pues son los únicos que pueden asumir funciones de ministro de fe. En general son funcionarios que tienen los niveles de primer o segundo secretario en la Embajada en que sirven.

Nuestro país dispone de embajadas en la mayoría de los países del mundo y en todas ellas dispone de a lo menos un cónsul de carrera, los cuales están ubicados en su ciudad capital. En algunos países existe más de un cónsul de carrera. Así, en España, por ejemplo, tenemos cónsules de carrera tanto en Madrid como en Barcelona; en Argentina hay tanto en Buenos Aires, como en Mendoza, en Ushuaia y otras ciudades más.

Es necesario aclarar que no pueden actuar como ministros de fe los llamados *cónsules honorarios*, esto es, personas que no son funcionarios diplomáticos y que desarrollan sólo algunas de las funciones de los cónsules de carrera.

En este sentido, si el testigo o perito se encuentra en una ciudad o localidad donde no tiene su asiento un cónsul de carrera, deberá trasladarse hacia el lugar en que funcione el consulado. Los costos de transporte y alojamiento, así como el lucro cesante en que puedan incurrir, no puede ser solventados por parte del Ministerio Público, de acuerdo a la reglamentación que nos rige, por lo que deben ser asumidos única y exclusivamente por el declarante, lo que sin duda es un problema más a superar al momento de convencerlos para que se presenten a declarar.

- 7) Solicitar formalmente al Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la Dirección General Consular y Migraciones, la autorización para que el cónsul respectivo pueda participar en la videoconferencia como ministro de fe, así como para utilizar los medios tecnológicos de su oficina. Esta función la asume UCIEX.
- 8) La unidad de informática de la Fiscalía Regional respectiva debe instalar los equipos que se usarán materialmente para la videoconferencia, proveer los datos de contacto y solicitar -si se usa el sistema SCOPIA- las claves de acceso a las sesiones correspondientes, informando de ello a UCIEX para así poder transmitírselas a los cónsules respectivos.

Es usual y deseable que primero se haga una sesión de prueba de comunicaciones unos días antes de la declaración judicial.

- 9) Llevar a cabo la videoconferencia en el día y hora programado.

Hay que tener presente que declara el testigo o perito, tal como si estuviese presente en la sala de audiencias. El cónsul de Chile sólo interviene como ministro de fe para certificar que la persona que tiene frente

a él es quien dice ser. UCIEX no tiene ninguna intervención en la declaración.

Nunca el tribunal ha exigido que el cónsul acredite su condición de tal ni que dé cuenta de sus cartas consulares. A lo más, en algunas oportunidades el fiscal adjunto ha debido exhibir copia del oficio en el que UCIEX ha solicitado formalmente la intervención del cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Por otra parte, es necesario determinar con la mayor precisión posible el día y hora en que tendrá lugar, aunque por supuesto siempre hay márgenes razonables para que ello ocurra. Por otra parte siempre pueden producirse imprevistos que obliguen a postergar la declaración por esta modalidad, como por ejemplo que el imputado renuncie a su derecho a guardar silencio y se le tome declaración en la audiencia respectiva.

Pero hay que tener presente que se trata de una comunicación internacional, en que hay al menos un funcionario diplomático chileno ejerciendo una labor que aún es bastante extraña a sus funciones habituales y un testigo o perito que se trasladó por sus medios en forma voluntaria a una oficina que le es ajena. Y especialmente en países con los cuales existe una gran diferencia de hora, un retraso en su declaración puede provocar situaciones insospechadas, con riesgo evidente que pueda terminar sin declarar en el juicio respectivo, con lo que ello puede significar.

En este sentido, es altamente recomendable que una persona del entorno del fiscal adjunto (abogado asistente o gestor) o alguien de la Unidad de Víctimas y Testigos de su fiscalía esté presente en la sala de audiencias mientras se lleva a cabo el juicio oral y pueda comunicarse por teléfono, mensaje de texto o correo electrónico con el Cónsul respectivo, manteniéndolo informado sobre el desarrollo de la audiencia y estimando en la forma más precisa posible sobre el momento en que tendrá lugar la comunicación internacional para que declare el testigo o perito por videoconferencia.

#### Situaciones en que la videoconferencia no es solicitada por el fiscal del Ministerio Público

Las normas legales antes indicadas, así como el procedimiento operativo explicado, ciertamente no están consideradas únicamente a favor de los testigos y peritos que puedan presentar los fiscales del Ministerio Público. Los demás intervinientes también pueden hacer uso de este mecanismo, el que obviamente debe ser adaptado a las circunstancias del caso.

Durante el año 2012 hubo dos situaciones en que otros intervinientes hicieron uso de la videoconferencia judicial internacional para que declararan tes-

tigos que se encontraban en el extranjero, en apoyo de sus respectivas teorías del caso. En una causa se trató de un testigo propuesto por un querellante y en otro caso de un testigo presentado por la defensa de un imputado.

En ambos casos los jueces presidentes del TOP respectivo solicitaron apoyo a UCIEX –a través de Iber-Red– y con conocimiento de los fiscales respectivos, aprovechando la experiencia adquirida sobre el particular. Este apoyo se otorgó en ese marco, y se limitó a la facilitación de los contactos con funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, tanto en Chile como del Servicio Exterior, así como en la explicación del procedimiento.

### Videokonferencias pasivas

Se trata de situaciones en que se solicita la toma de declaración de testigos que residen Chile, por parte de autoridades judiciales de otros países, a través del mecanismo de requerimientos de asistencia judicial en materia penal.

En estos casos la solicitud planteada por las autoridades extranjeras es doble: por una parte localizar y citar a declarar al testigo; por la otra poner a disposición los elementos tecnológicos necesarios para establecer una conexión y llevar a cabo así la videokonferencia ante un tribunal extranjero.

En estas situaciones UCIEX asume ambas funciones, sea directamente o a través de las fiscalías regionales que corresponden al domicilio de la persona que es citada a declarar.

En los casos que hemos tenido no se han planteado exigencias formales específicas, salvo en el caso de las solicitadas por autoridades judiciales argentinas, que han pedido que las declaraciones respectivas cuenten con la presencia de un agente consular de ese país, el que ha sido convocado por las mismas autoridades requirentes.

### Experiencia práctica

Existe en UCIEX registro de videokonferencias judiciales internacionales desde 2008 a la fecha. Los datos más relevantes son los siguientes:

#### CANTIDAD POR AÑO Y TIPO

AÑO	ACTIVAS	PASIVAS	TOTAL
2008	3	1	4
2009	3	2	5
2010	2	3	5
2011	8	2	10
2012	25	5	30
<b>TOTALES</b>	<b>41</b>	<b>13</b>	<b>54</b>

### PAÍSES Y TIPO

PAÍS	ACTIVA	PASIVA	TOTAL
Argentina	1	4	5
Australia	1	0	1
Bolivia	2	0	2
Canadá	2	0	2
Costa Rica	0	1	1
Ecuador	1	0	1
España	17	3	20
Francia	2	0	2
Holanda	1	2	3
Inglaterra	1	0	1
Italia	2	0	2
México	4	0	4
Moldavia	1	0	1
Panamá	1	0	1
Paraguay	1	1	2
Perú	4	2	6
<b>TOTALES</b>	<b>41</b>	<b>13</b>	<b>54</b>

### FISCALÍAS QUE HAN USADO VIDEOCONFERENCIA JUDICIAL

FISCALÍA	TOTAL
FR II Región	2
FR V Región	3
FR VI Región	4
FR VIII Región	2
FR IX Región	1
FRM Centro Norte	8
FRM Occidente	6
FRM Sur	1
FRM Oriente	7
Fiscalía Nacional (UCIEX)	14
Sin información	6
<b>TOTAL</b>	<b>54</b>

## TIPO DE DELITO INVESTIGADO

TIPO DE DELITO	TOTAL
Sexuales	19
Económicos y tributarios	5
Homicidios y lesiones	9
Robos	2
Tráfico de drogas	8
VIF	1
Trata de personas	1
Sin información	9
<b>TOTAL</b>	<b>54</b>

### Caso ante la Corte Suprema

Resulta interesante mencionar que, en el marco de una causa por extradición pasiva solicitada por la República de Perú en contra de una ciudadana peruana, para ser juzgada por el delito de extorsión (equivalente a nuestras amenazas condicionales), Rol de ingreso en Corte N°2.693-2012, la Ministra Instructora Sra. Rosa María Maggi Ducomunn autorizó –previa discusión en estrados– la práctica de una videoconferencia internacional para que declararan en la causa dos testigos que se encontraban en ese país, uno de ellos condenado a una larga pena privativa de libertad como co-imputado en el mismo delito.

La videoconferencia se llevó a cabo en forma exitosa el siete de noviembre de 2012, entre la Segunda Sala de la Corte Suprema en Santiago y el recinto penal de Lurigancho, en la ciudad de Lima, República de Perú, en presencia de la Sra. Jueza del Décimo Octavo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de esa ciudad.

La línea argumental utilizada para solicitar la práctica de esta diligencia fue la misma que ha sido reseñada en este documento, adaptada obviamente a la naturaleza de una extradición pasiva.

Según nuestros registros, es la primera vez que se realiza una videoconferencia judicial ante la Corte Suprema para la declaración de testigos.

### Palabras finales

Como se puede apreciar, ha existido un alza importante en el uso de la videoconferencia judicial desde 2011 a la fecha, procedimiento que se está haciendo cada vez más habitual.

Por otra parte, los tribunales están cada vez más receptivos a aceptar este procedimiento, no ha habido negativas a su uso, se ha aceptado la línea argumen-

tativa referida al inicio de este documento y han llegado a establecer su propia plataforma tecnológica para llevar a cabo las videoconferencias.

Elemento fundamental en este proceso ha sido la participación de los puntos de contacto de Iber-Red<sup>7</sup>, tanto en el Ministerio Público como en el Poder Judicial, que han facilitado los procesos y removido obstáculos o demoras que se han ido presentando, así como la receptividad a este mecanismo de parte de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores.

---

7 Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional, entidad que agrupa a representantes de fiscalías, tribunales, ministerios de justicia y autoridades centrales en materia civil y penal de los países latinoamericanos, España, Portugal y Andorra. El autor de este documento es uno de los puntos de contacto de la Fiscalía de Chile.

UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN DELITOS SEXUALES  
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

---



## INFORME SOBRE FEMICIDIO EN CHILE. ESTADÍSTICAS RELEVANTES 2012 Y DATOS COMPARATIVOS<sup>1</sup>

*Roberto Rodríguez Manríquez<sup>2</sup>*

### I. Consideraciones previas

Tal como en informes anteriores, a continuación se utiliza el término “femicidio” para referirse al homicidio en contra de una mujer por razones de género. Para conocer en detalle el número de casos correspondientes a la Ley 20.480, que tipifica el femicidio en Chile, se han diseñado tablas que describen esta variable. Otra cuestión importante y relacionada con la explicación preliminar, es la utilización del concepto “pareja”: en este informe se utiliza para hacer referencia al cónyuge, conviviente, novio o “pololo” (y a sus respectivos “ex”), por lo tanto, también se detallará qué casos corresponden al tratamiento de la Ley N°20.480 sobre Femicidio y Ley N°20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, para distinguir los casos de pololos o novios que éstas leyes no incorporan.

Las fuentes de información utilizadas para la obtención de datos han sido el Sistema Informático de Fiscalía (SAF) y las “Alertas Informáticas” creadas para el efecto; el Servicio de Registro Civil e Identificación; el Servicio Nacional de la Mujer y la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual.

Si bien los femicidios han mostrado un decrecimiento importante en los últimos dos años, las denuncias por Ley de Violencia Intrafamiliar, vigente desde octubre del 2005, han tenido un aumento extraordinario: 54.000 casos VIF ingresaron a Fiscalía el año 2007 y 137.296 el año 2012, es decir, se constata una demanda de atención especializada que ha aumentado en un 154% en cinco años (Boletín Estadístico de Fiscalía, 2012).

Lo anterior significa que si la tendencia actual se mantiene, y si existiera una relación inversa entre el ingreso de denuncias y el número de femicidios, los programas de atención inmediata a víctimas de delitos VIF que la Fiscalía ha implementado en todo el país y la especialización a sus equipos, están logrando cumplir con el objetivo estratégico de proteger e investigar con eficacia los delitos intrafamiliares dando prioridad a los menores de edad y a las mujeres. Es así como el año 2012 se aplicó una pauta de evaluación de riesgo

1 Este trabajo constituye una actualización, con datos del año 2012, del artículo publicado en la Revista Jurídica del Ministerio Público N°50, del mes de marzo de 2012, del mismo autor.

2 Trabajador Social de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

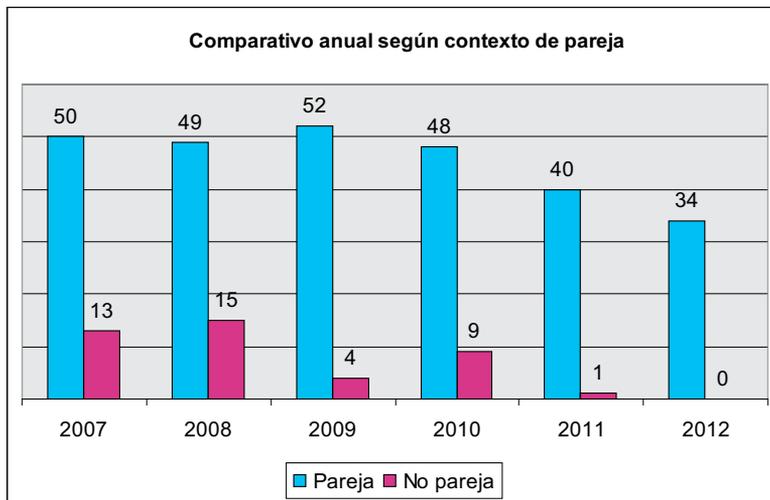
a 93.827 víctimas VIF mayores de 18 años, lo que equivale a un 74,8% de este tipo de víctimas. Por consiguiente, se han logrado implementar medidas de protección autónoma de la Fiscalía o por la vía de la autorización de un Juez de Garantía de manera más rápida y efectiva (Boletín Estadístico Fiscalía, 2012).

Respecto a niños/as y adolescentes menores de 18 años que han sido víctimas de delitos VIF y delitos sexuales, la Fiscalía realizó evaluación de riesgo y logró implementar diversas medidas de protección a 24.653 niños y adolescentes, equivalentes a un 85% de niños ingresados al sistema (División de Víctimas y Testigos, 2012).

## II. Estadísticas sobre muertes de mujeres víctimas de femicidio

**GRÁFICO 1.1**  
**FEMICIDIOS OCURRIDOS DESDE EL AÑO 2007 AL AÑO 2012**  
 SEGÚN CONTEXTO DE PAREJA

En este gráfico se muestra la incidencia anual de femicidios, lo que permite comparar y observar la evolución del fenómeno en Chile los últimos seis años. Las barras celestes, corresponden a las muertes de mujeres ocurridas en contexto de pareja, y las barras púrpuras a casos en los que no se constató vínculo de pareja, es decir, el imputado era un desconocido para la mujer, lo que se denomina femicidio no íntimo.

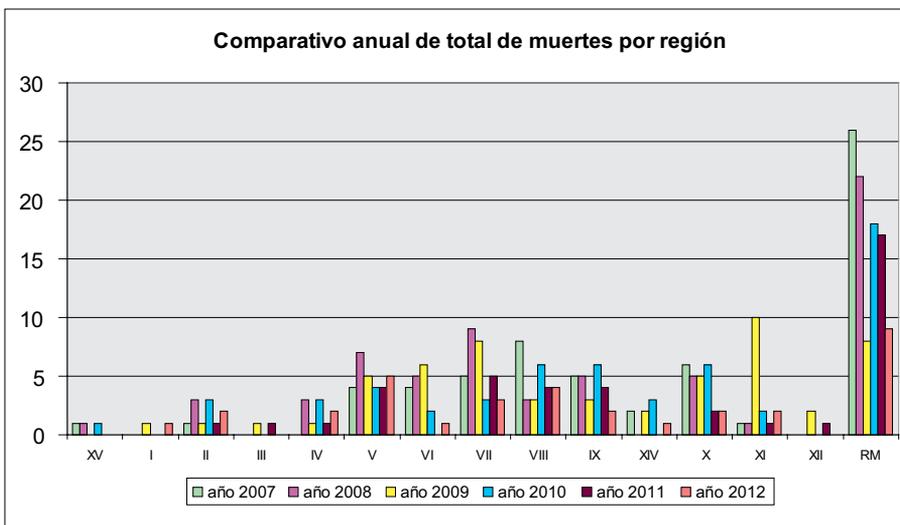


Al observar las cifras absolutas de femicidios, se aprecia una considerable disminución en el año 2012 respecto de los demás períodos. Desde el año 2007 al año 2010 el promedio de muertes en contexto de pareja fue de 50 mujeres al año, el 2011 esta cifra baja a 40 casos y el 2012 se alcanza una cifra significativa de 34 muertes. Si esto significa una tendencia de reducción del fenómeno

será necesario esperar un trienio a lo menos para analizar si se mantiene la tendencia a la baja.

**GRÁFICO 1.2**  
**TOTAL DE MUERTES DE MUJERES EN CONTEXTO DE PAREJA**  
**POR REGIÓN ENTRE 2007 Y 2012**

El siguiente gráfico describe la evolución del fenómeno por año y región, lo que permite observar la alta o baja incidencia de femicidios en algunas zonas del país, pudiendo ser el punto de partida para un análisis demográfico o sociocultural del femicidio en Chile.



Se aprecia una alta frecuencia de femicidios ocurridos en la zona central del país. Si estos datos se analizan por región, se podría hipotetizar que la mayor frecuencia en la zona central se relacionaría con la alta densidad poblacional de la Región Metropolitana. No obstante, cabe preguntarse por la notoria diferencia observada entre la zona norte y la zona sur, ambas con menos densidad poblacional pero con una notoria diferencia de incidencias de femicidios. Esta variabilidad podría compararse con un análisis de prevalencia que más adelante se plantea y donde resultaría más clara la influencia de aspectos socioculturales arraigados en valores y costumbres patriarcales.

**TABLA 1.1****DETALLE DE MUERTES DE MUJERES EN CONTEXTO DE PAREJA POR REGIÓN Y AÑO**

A continuación se detallan todas las muertes de mujeres en contexto de pareja por región, registradas desde el año 2007 al año 2012, según datos de Fiscalía.

Región	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Total
XV	1	1	0	1	0	0	3
I	0	0	1	0	0	1	2
II	1	2	1	3	1	2	10
III	0	0	1	0	1	0	2
IV	0	3	1	3	1	2	10
V	3	1	5	2	4	5	20
VI	4	5	2	1	0	1	13
VII	4	7	3	3	5	3	25
VIII	4	2	10	5	4	4	29
IX	5	3	2	6	4	2	22
XIV	2	0	4	3	0	1	10
X	4	4	2	5	1	2	18
XI	0	1	1	2	1	2	7
XII	0	0	1	0	1	0	2
RM SUR	6	7	6	3	4	2	28
RM NOR	6	8	6	5	6	4	35
RM OCC	9	2	3	3	7	0	24
RM OR	1	3	3	3	0	3	13
	<b>50</b>	<b>49</b>	<b>52</b>	<b>48</b>	<b>40</b>	<b>34</b>	<b>273</b>

No obstante la señal de disminución del fenómeno en los últimos dos años, la cifra total de femicidios no deja de ser alarmante y si a esto le sumamos el número de denuncias VIF ingresadas a la Fiscalía, se puede decir que un desafío permanente para los organismos encargados de prevenir y erradicar la violencia intrafamiliar y de género en el país, es alcanzar estándares de protección a la víctima sobreviviente de estos ilícitos, especialmente del delito de amenazas, que alcanza un 40%, y de lesiones, que registra un 51% de los delitos VIF ingresados.

Relacionado con lo anterior, en el año 2012 la Fiscalía terminó de implementar en todo el país un “Plan de Intervención Inmediata para víctimas de violencia intrafamiliar” que consiste en aplicar una pauta de evaluación de riesgo estandarizada a víctimas mayores de edad. Es así como al 74,8% de víctimas VIF se les aplicó la pauta, lo que equivale a 93.827 personas. Por lo tanto, el Ministerio Público ha logrado implementar medidas de protección autónoma o por vía de la autorización de un Juez de Garantía de manera más rápida y efectiva.

**TABLA 1.2**  
**PREVALENCIA DE VÍCTIMAS DE FEMICIDIO EN CONTEXTO DE PAREJA DURANTE**  
**LOS AÑOS 2007 A 2011**

La prevalencia de víctimas de femicidio en contexto de pareja desde el año 2007 hasta el año 2011, ha sido de cuatro mujeres por cada 100 mil mujeres mayores de 15 años.

**POBLACIÓN FEMENINA MAYOR DE 15 AÑOS PROYECTADA**  
**POR EL INE PARA EL AÑO 2010**

Tramo Edad	Mujeres
15 – 19	731.691
20 -29	1.373.564
30 – 39	1.199.460
40 – 49	1.249.375
50 – 59	973.754
60 y más	1.232.425
<b>Total</b>	<b>6.760.269</b>

Región	Femicidios contexto pareja 2007 al 2012	%	Población estimada de mujeres mayores de 15 años 2010	Prevalencia por 100 mil mujeres mayores de 15 años
XV*	3	1%	73.842	4*
I	2	1%	113.412	2
II	10	4%	207.331	5
III	2	1%	103.699	2
IV	10	4%	281.550	4
V	20	7%	711.643	3
RM SUR	100	37%	2.783.761	4
RM NOR				
RM OCC				
RM OR				
VI	13	5%	340.004	4
VII	25	9%	395.375	6
VIII	29	11%	811.080	4
IX	22	8%	378.730	6
XIV	10	4%	148.756	7
X	18	7%	315.595	6
XI*	7	3%	36.778	19*
XII*	2	1%	58.731	3*
<b>Total</b>	<b>273</b>	<b>100%</b>	<b>6.760.269</b>	<b>4</b>

\* Observación para las regiones de Arica y Parinacota, Aysén y Magallanes:

Como en todo cálculo de prevalencia, aquellas regiones de Chile con una población inferior a cien mil mujeres mayores de 15 años, el índice de prevalencia se eleva, no obstante, en regiones con una población superior a cien mil mujeres mayores de 15 años, representa un índice más apropiado. En España, el cálculo de prevalencia de femicidio se hace por cada 1 millón de mujeres mayores de 15 años debido a que este segmento de población bordea los 20 millones. Al igual que en Chile, en provincias españolas con baja densidad, el valor de prevalencia tiende a aumentar.

El cálculo de prevalencia se realizó utilizando la cifra del INE Chile proyectada para mujeres mayores de 15 años por región. Se genera un factor, dividiendo la población de mujeres estimada por 100 mil. Ejemplo, para el total de femicidios a nivel nacional:

$$6.760.269/100.000 = 67,60 \text{ (factor)}$$

A continuación se divide el número de mujeres fallecidas (272) a nivel nacional por el factor (67,60) obtenido:

$$273/67,60 = 4,03 = \text{se aproxima al valor } 4$$

**TABLA 1.3**  
**RELACIÓN ENTRE VÍCTIMA E IMPUTADO 2012**

A continuación, la tabla presenta la cifra de muertes de mujeres desagregadas por el vínculo entre la víctima y el victimario:

<b>Sujetos Art. 5° de la Ley 20.066 y Ley de Femicidio</b>	
Convivientes	15
Cónyuges	9
Ex convivientes	5
Ex Cónyuges	1
Sub total	30
<b>Sujetos que no aplican en Ley 20.066 y Ley de Femicidio</b>	
Pololos	3
Ex pololos	1
Conocidos	0
Subtotal	4
Total	34

Los femicidios de acuerdo a la Ley 20.480, es decir, según la definición jurídico penal chilena asciende a 30 casos. Se aprecia, además, que queda un pequeño segmento de casos (pololos/novios) en los que opera el estatuto de reglas generales del Código Penal, sin embargo el fenómeno de la violencia de género es el mismo: el sometimiento o la subordinación abusiva y crónica a través de violencia física y/o psicológica a la que es sometida la mujer por parte de su pareja masculina.

**TABLA 1.4**  
**HECHO DELICTUAL**

Por hecho delictual observamos la variable suicidio del victimario para distinguir los casos en que el imputado enfrenta un proceso penal.

Delito	N°
<b>Sujetos Ley N°20.480</b>	
Femicidio	18
Femicidio y Suicidio	6
Femicidio e intento de suicidio	6
<b>Sujetos que no aplican en Ley N°20.480</b>	
Homicidio	4
Homicidio y Suicidio	0
Homicidio e intento de suicidio	0
Total	34

En Chile, hasta el año 2011, casi la mitad de los hombres que cometían femicidio u homicidio en contra de sus parejas se suicidaba o intentaba suicidarse<sup>3</sup>. Sin embargo, el año 2012 ha habido una modificación del patrón suicida por parte del agresor, presentándose una disminución de este fenómeno. De todas formas es significativo que 12 casos de 34 estén comprometidos con el suicidio, siendo una interesante línea de investigación forense y terapéutica toda vez que surgen interrogantes acerca de si los organismos que intervienen en el conflicto penal o los que operan desde la salud mental pueden o no advertir un desenlace de esta naturaleza.

**TABLA 1.5**  
**MEDIO UTILIZADO PARA COMETER EL FEMICIDIO**

Esta variable permite apreciar la forma en que se cometen los femicidios.

Medio Utilizado	2010	2011	2012
Arma blanca	25	16	16
Arma de fuego	15	10	8
Objeto contundente	4	10	4
Otros	4	5	6
<b>Total</b>	<b>48</b>	<b>41</b>	<b>34</b>

Año a año es una constante que el medio más utilizado por los hombres para cometer femicidio es el arma blanca, siendo impracticable en algunos casos la incautación de este tipo de armas desde los hogares. No obstante, ha resultado

3 Rodríguez Manríquez, Roberto. Informe sobre femicidio en Chile. Estadísticas relevantes 2011 y datos comparativos  
Publicado En: Revista jurídica del Ministerio Público, n.50, Mar-2012, 239-250

fructífero hacer una incautación respecto a las armas de fuego, si los operadores del sistema penal pesquisan su presencia.

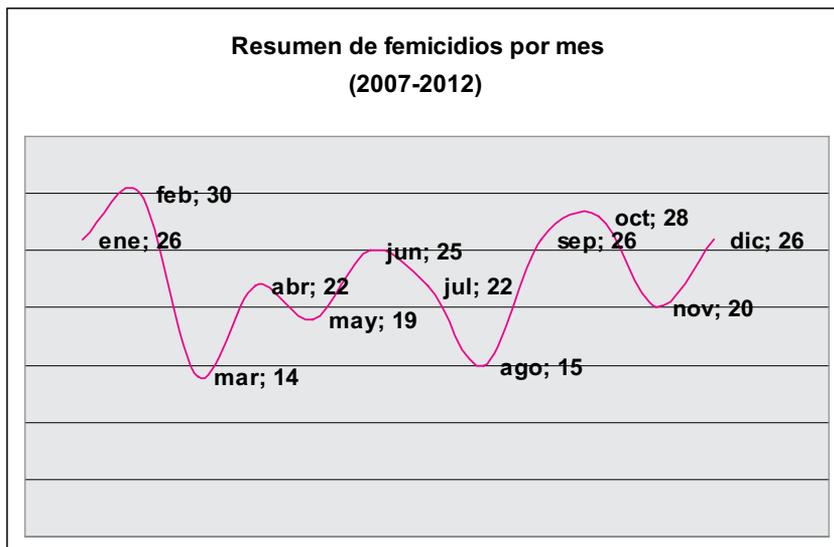
**TABLA 1.6**  
**TOTAL DE FEMICIDIOS OCURRIDOS POR AÑO Y MES**

En este punto es necesario detenerse a observar si los femicidios han ocurrido en alguna época especial del año.

Mes	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Total
ene	5	6	4	5	3	3	26
feb	4	8	5	5	2	6	30
mar	4	1	2	3	3	1	14
abr	2	7	6	2	2	3	22
may	7	3	2	5	1	1	19
jun	4	8	2	5	1	5	25
jul	2	4	8	3	2	3	22
ago	2	2	4	2	3	2	15
sep	7	5	4	4	4	2	26
oct	3	1	8	3	8	5	28
nov	5	2	4	2	7	0	20
dic	5	2	3	9	4	3	26
<b>Total</b>	<b>50</b>	<b>49</b>	<b>52</b>	<b>48</b>	<b>40</b>	<b>34</b>	<b>273</b>

**GRÁFICO 1.3**  
**FEMICIDIOS POR AÑO Y MES**

A continuación se presenta un gráfico que resume las muertes por mes desde el año 2007 al año 2012, permitiendo obtener una curva promedio con índices de muertes por mes.



Pareciera haber una tendencia de incremento de los femicidios entre los meses de diciembre (26), enero (26) y febrero (30). Luego hay una disminución en marzo (14), para elevarse nuevamente la curva en los meses de invierno, alcanzando en septiembre (26) y octubre (28) nuevamente la incidencia más alta de femicidios.

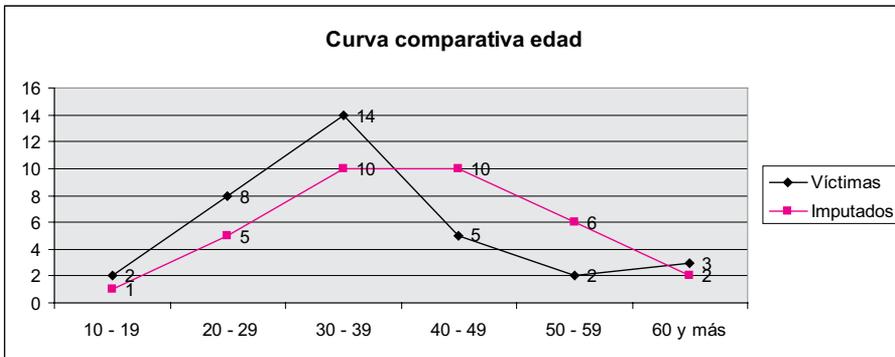
### III. Otros datos estadísticos relevantes

**GRÁFICO 2.1**

**CURVA COMPARATIVA DE EDAD ENTRE IMPUTADOS Y VÍCTIMAS AÑO 2012**

Promedio de edad víctima: 36 años.

Promedio de edad imputado: 41 años.



Se observa un alto riesgo de femicidio en parejas en las que en su mayoría las mujeres todavía están en edad fértil y si este dato se analiza con el de vínculo entre víctima y agresor, se pueden observar parejas que pudieren estar viviendo un ciclo de separación o un divorcio conflictivo con el componente de control excesivo del hombre que se rehúsa a aceptar la disolución del vínculo de matrimonio o convivencia.

**TABLA 2.1**

**DENUNCIAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR PREVIAS EN EL SISTEMA PENAL ENTRE VÍCTIMA E IMPUTADO DURANTE EL AÑO 2012**

Esta variable muestra si entre víctima e imputado existían denuncias previas de VIF en el sistema penal.

Denuncias previas VIF	Total	%
No	19	56%
Sí	15	44%
<b>Total</b>	<b>34</b>	<b>100%</b>

Se puede establecer que durante el año 2012 poco menos de la mitad de los casos de femicidios tienen denuncias previas en el sistema penal. Si bien la muestra es pequeña, lo anterior demostraría que un alto porcentaje de casos de femicidios ocurren sobre la base del silencio de la víctima respecto a denunciar violencia física o psicológica ya que resulta poco probable que el femicidio sea un hecho único y aislado de violencia de pareja.

**TABLA 2.2**

**ESTADO DE LA CAUSA EN DENUNCIAS PREVIAS AL MOMENTO DEL FEMICIDIO**

En esta tabla se muestra el estado de la investigación penal de causas previas al momento de ocurrido el femicidio.

Estado última denuncia	N°
Término Facultativo (AP; P. Op; FNI)*	8
Condena	3
Vigente	4
<b>Total</b>	<b>15</b>

\* AP: Archivo Provisional; P. Op: Principio de Oportunidad; y FNI: Facultad de No Inicio de la Investigación.

Se observa que 8 de los 15 casos han terminado a través de términos facultativos en causas anteriores por lesiones y amenazas. Una de las probables causas de los términos anticipados puede deberse al desistimiento o retractación de la víctima, cuestión que debe analizarse caso a caso, sin embargo, ésta es una característica de las causas VIF que no debe obstar para que los actores del sistema penal y de la red de atención a la mujer o de salud intervengan para interrumpir el maltrato y los abusos desde sus respectivos encuadres o modelos de intervención.

## ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ESTADO DE NECESIDAD CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 10 N°11 DEL CÓDIGO PENAL Y SU RECONOCIMIENTO POR LA JURISPRUDENCIA

Ivonne Sepúlveda Sánchez<sup>1</sup>

### I. Antecedentes

Algunos autores han reparado en la actual ubicación del llamado “estado de necesidad”, puesto que parece paradójal que esta norma se sitúe en el lugar que ocupaba el N°11 del artículo 10 del Código Penal original, que prescribía *“el marido que en el acto de sorprender a su mujer infraganti en el delito de adulterio, da muerte, hiere o maltrata a ella y a su cómplice; con tal que la mala conducta de aquél no haga excusable la falta de ésta. Si sólo diere muerte, hiere o maltrata a uno de ellos, subsistirá no obstante la exención de responsabilidad criminal respecto del marido, a menos de constar que intencionalmente obró así o que las circunstancias del hecho lo revelen”*. Ello porque el actual artículo 10 N°11 del código punitivo, fue introducido por la Ley N°20.480 o “Ley de femicidio” en el numeral 1° del artículo 1° de dicha ley, cuyo objeto era reconocer y mejorar la situación de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar.

Así, los Boletines 4937 y 5308 refundidos se encargaron de poner en la discusión parlamentaria, la preocupación de algunos sectores en orden a regular normativamente la situación en la cual una víctima de violencia intrafamiliar cometía un delito contra su agresor.

Desde sus comienzos, la manera de abordar esta realidad fue a través de la incorporación de una figura que la reflejara dentro del campo de las eximentes genéricas de responsabilidad criminal contempladas en el artículo 10 del Código Penal. De esta forma, la idea de la Cámara de Diputados fue primeramente trasladar la circunstancia del miedo insuperable al numeral 10, mutar el N°10 al N°11 y en el N°9 agregar la circunstancia de quien obra violentado por una fuerza irresistible lo hiciera “bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente”. Sin embargo, durante la tramitación de este precepto legal en la Cámara Baja, se prefirió incorporar una tercera hipótesis al N°9 que se sumara a la fuerza irresistible y al miedo insuperable, y que consistía en obrar “bajo la amenaza de un mal grave e inminente”<sup>2</sup>.

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

2 Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, de 16 de abril de 2008, ratificado por el Informe de la Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la

Sin embargo, el Senado no estuvo de acuerdo con aprobar esta disposición por considerarla muy abierta, de modo que no era capaz de expresar por sí sola la gravedad necesaria para configurar esta eximente de responsabilidad penal. Por ello, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, la eliminó en su segundo informe de fecha 13 de octubre de 2009, y por tanto, se creó una comisión mixta.

En la comisión mixta, participó activamente el profesor Enrique Cury quien, en definitiva, fue el redactor de la norma que actualmente nos rige. Para ello, valoró positivamente que los legisladores quisieran incorporar el estado de necesidad exculpante recogiendo legislaciones como la alemana o la italiana<sup>3</sup>. Sin embargo, el destacado profesor Cury<sup>4</sup> tomó el Código Penal Suizo de 1942 vigente hasta el año 2010, puesto que dicha norma contemplaba el estado de necesidad exculpante y justificante en el mismo artículo 33<sup>5</sup>.

---

Cámara Baja, de 6 de agosto de 2008.

- 3 Código Penal Alemán. Traducción de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, 1999.

*§ 34. Estado de necesidad justificante*

*Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro.*

*§ 35. Estado de necesidad disculpante*

*(1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque él estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso 1., cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.*

*(2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1.*

- 4 Así lo señaló el propio autor de la norma en la Charla realizada el 23 de julio de 2012 a abogados y Fiscales del Ministerio Público, en dependencia de la Fiscalía Nacional.

- 5 Artículo 33 Código Penal Suizo 1942: “Estado de Necesidad:

*1. Cuando un acto hubiere sido cometido para preservar un bien perteneciente al autor, de un peligro inminente e imposible de evitar de otra manera, especialmente la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor y el patrimonio, este acto no será punible si el peligro no era imputable a una falta [culpa] de su autor y si bajo las circunstancias en que el acto fue cometido el sacrificio del bien amenazado no podía ser razonablemente exigido al autor del acto.*

*Si el peligro es imputable a una falta [culpa] de este último o si, en las circunstancias en que el acto fue cometido, el sacrificio del bien amenazado podía ser exigido del autor del acto, el juez atenuará libremente la pena (art. 66).*

*2. Cuando un acto hubiere sido cometido para preservar un bien perteneciente a otro de un peligro inminente e imposible de evitar de otra manera especialmente la vida, la integridad*

Primitivamente, Cury propuso el siguiente artículo 10 N°11:

“El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.
- 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.
- 3ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”.

Por lo tanto, no contemplaba el actual N°3 de la norma que se incorporó a propósito de la observación formulada por el senador Chadwick, en el sentido que no se veía con claridad, en la proposición del profesor Cury, que se requiriera la existencia de alguna proporcionalidad justificatoria entre la situación de necesidad y el mal que se hace para evitarlo. Así, el redactor de la norma, concordando con la acotación del senador, agregó un nuevo número 3 al articulado incluyendo expresamente el estado de necesidad justificante y exculpante<sup>6</sup>, quedando la norma como sigue:

“11. El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.
- 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.
- 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.
- 4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”.

## II. Fundamentos del estado de necesidad

Esta disposición que exime de responsabilidad penal, supone la existencia de un conflicto de intereses que se encuentran protegidos por el derecho, donde uno de estos intereses se halla en peligro, y otro cuya vulneración es la única forma de salvar el primero. Cuando el bien sacrificado es de menor valor que

---

*corporal, la libertad, el honor y el patrimonio, ese acto no será punible. Si el autor podía darse cuenta que el sacrificio del bien amenazado podía ser razonablemente exigido de aquel a quien pertenecía el bien, el juez atenuará libremente la pena (art. 66).*

6 De esta forma lo planteó el propio profesor Cury en la Charla realizada el 23 de julio de 2012 a abogados y Fiscales del Ministerio Público, en dependencia de la Fiscalía Nacional.

el bien salvado, estamos ante un estado de necesidad justificante, mientras que se tratará de un estado de necesidad exculpante cuando el bien sacrificado es de igual o mayor valor que el salvado<sup>7</sup>. Así, se señala como clásico ejemplo de estado de necesidad exculpante la consabida *tabula unius capax o tabla de Carneades*<sup>8</sup> donde el náufrago “se agarra a la última tabla flotante y rechaza a su compañero de infortunio que con su peso amenaza perderlos a los dos”<sup>9</sup>.

La nueva norma establece requisitos específicos de procedencia, sin las limitaciones del ya existente estado de necesidad justificante contemplado en el numeral 7° del artículo 10 del Código Penal. La diferencia con la normativa existente es que el conflicto de intereses propio del estado de necesidad excede del ámbito de la justificación –y por tanto de la teoría de la antijuridicidad–, puesto que se exime de responsabilidad no sólo aquellos casos en que se ocasionen males menores para evitar mayores, ya que se pueden causar males iguales o mayores pero no sustancialmente superiores<sup>10</sup>. Entonces, en el caso del estado de necesidad exculpante, estamos frente a la no exigibilidad de otra conducta, y por tanto, en el ámbito de la culpabilidad.

Como señalamos, con esta norma se introduce en nuestra normativa penal el llamado estado de necesidad exculpante, cuyo fundamento en palabras de Zaffaroni, “es la notoria reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto en la situación constelacional en que realiza la acción, lo que neutraliza la posibilidad de reproche”<sup>11</sup>.

### III. Requisitos del estado de necesidad

Así como la legítima defensa requiere como presupuesto básico la existencia de una agresión ilegítima, es de la esencia del estado de necesidad la presencia de un mal que se trata de evitar<sup>12</sup>.

7 POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (Directores); Matus (Coordinador), *Texto y comentarios del Código Penal chileno*, T. I, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p.140.

8 Carneades de Cerine fue un filósofo que dirigió la Academia hasta el año 129 AC. Sus referencias se encuentran en Cicerón.

9 CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, T. I, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 370.

10 SANTIBÁÑEZ, María Elena y VARGAS, Tatiana, *Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N°20.480)*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 38, N°1, 2011, Santiago.

11 ZAFFARONI, Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 2002, p. 747.

12 Al respecto, el profesor Cury explicó en la comisión mixta que el elemento central de la legítima defensa es una agresión ilegítima, actual o inminente, y señaló que en los casos que supone su propuesta no se presenta en el momento una agresión propiamente tal,

Este *mal* debe ser a su vez, grave para su persona o derecho o los de un tercero. Esta última exigencia que parece más propia de la legítima defensa pero con requisitos distintos, no se encontraba en el número 7 del artículo 10 del cuerpo punitivo<sup>13</sup>.

Al respecto, cabe señalar que podría entenderse esta incorporación para delimitar aquellos bienes jurídicos individuales de los colectivos como aquellos amparados por la norma, sin embargo al hablar de derechos de terceros, podrían entenderse incorporados estos bienes colectivos. Sin embargo, en la práctica, en raras ocasiones se podrá plantear un estado de necesidad respecto de bienes jurídicos de la comunidad, principalmente por el principio de subsidiariedad que enseguida se abordará<sup>14</sup>.

### 1) Mal actual o inminente

Como lo señaláramos, este mal debe ser grave, esto es, debe tener cierta entidad o envergadura para quien lo sufre, de acuerdo a ciertos parámetros objetivos que consideren las circunstancias particulares del caso.

Además, debe ser actual o inminente. Será actual en aquellas hipótesis en que el autor reacciona ya no ante una agresión ilegítima o ante una agresión ilegítima contra un tercero inocente –aunque la reacción se dirija contra el agresor–, sino que será la que se produce al momento de la reacción, como por ejemplo cuando la agresión ya se ha terminado<sup>15</sup>.

Será inminente cuando está próximo a lo que se podría principiar a ejecutar. Que sea inminente implica que existen altas probabilidades de que desencadene el mal, situación que deberá evaluarse de acuerdo a lo que a un hombre medio le sería exigible.

Como el concepto de peligro presente en el estado de necesidad es más flexible que aquel contenido en la legítima defensa, esta actualidad o inminencia comprende períodos de tiempo más amplios. Así, comprende situaciones como las denominadas de “peligro permanente”, en el que una situación que amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decir cuándo sucederá aquello, como ocurre con el tirano

---

sino que se configura ante un hecho o estado que pone a la persona en una situación en la que no le es exigible otra conducta.

13 COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Hector (Directores), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago, Chile, LegalPublishing, 2011, p. 272.

14 ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Luzón Peña, Editorial Civitas, p. 676.

15 Según las palabras del destacado profesor Cury en la Charla realizada el 23 de julio de 2012 a abogados y Fiscales del Ministerio Público, en dependencia de la Fiscalía Nacional.

familiar que de momento está pacífico, pero que en cualquier instante puede proceder a nuevos malos tratos<sup>16</sup>.

También será actual o inminente un peligro cuando aún no se realiza, pero debe actuarse ahora pues después ya no podrá hacerle frente.

Este mal con que se amenaza, puede tener su origen en fenómenos de la naturaleza, como aluviones o terremotos o en actos del hombre como el caso citado por Roxin del llamado aterrorizador, donde un sujeto desconocido tenía aterrorizado a un matrimonio al haber ingresado reiteradamente a su domicilio, hasta que finalmente el marido lo sorprendió, hiriéndolo de un disparo cuando éste huía<sup>17</sup>.

## 2) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo (criterio de subsidiariedad)

En este punto, al igual que en el artículo 10 N°7, el legislador establece el principio de subsidiariedad, en virtud del cual se debe elegir aquel medio practicable que sea menos lesivo, pues si existe, aunque sea más difícil o tarde en ello, no será aplicable la norma.

Que sea practicable, implica que sea posible echar mano de él, aunque sea complejo o lento este medio.

Que sea menos perjudicial, importa que no existe otro medio menos lesivo que aquel que se está utilizando.

## 3) Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita

Como ya lo hemos señalado, este numeral distingue entre el estado de necesidad justificante del exculpante. Acá el mal tiene que ser acotadamente superior para estar frente al exculpante, pues si se causa un mal inferior al que se evita, estamos ante la justificante.

La cuestión aquí radica en determinar cuándo este mal no es sustancialmente superior, precisamente por las consecuencias que trae aparejado esto. Distinguir aquello nos permite situarnos en el ámbito de la antijuridicidad o la culpabilidad. La diferencia está en que la justificante opera bajo criterios de aplicación general, de modo que todo aquel que se encuentre dentro de la descripción de la causal de justificación estará justificado por el derecho, mientras que tratándose de un caso de exclusión de culpabilidad, se debe verificar la situación concreta, pues el autor actuó típica y antijurídicamente, más no cul-

16 Op. cit. 13, p. 903.

17 Op. cit., p. 680.

pablemente por haber actuado bajo circunstancias donde no se le podía exigir otra conducta.

El mal causado puede ser menor al mal evitado, igual o superior, y a diferencia del estado de necesidad justificante contemplado en numeral 7 del artículo 10, se amplía a otros males, de suerte que con esta norma podríamos decir que el N°7 queda obsoleto.

Ahora, si bien el mal puede ser superior, el que no lo sea sustancialmente, incorpora un límite al momento de ponderar los males, pues no se trata de un simple balance de bienes jurídicos, sino de efectuar una ponderación entre los males causado y evitado<sup>18</sup>.

Para ello, hay que acudir a una serie de directrices al efectuar la ponderación, donde ninguna de ellas tiene un valor absoluto, sino que entre todas se complementan y relativizan<sup>19</sup>.

Roxin, a propósito del estado de necesidad justificante, desarrolla latamente los criterios a considerar para ponderar los intereses en conflicto, a saber:

a) La comparación de los marcos penales: implica que al ponderar los bienes, hay que partir de las valoraciones que las propias legislaciones establecen para proteger los bienes jurídicos. Entonces, debemos observar las sanciones establecidas en nuestros cuerpos normativos para determinar cuán dañoso es considerado un atentado a un determinado bien jurídico protegido<sup>20</sup>.

Ahora bien, como dan cuenta de las valoraciones que los legisladores van otorgando a los distintos bienes jurídicos, son susceptibles de cambios e incluso puede haber desproporciones. No obstante ello, es un punto de partida importante, pues por ejemplo, al revisar la legislación penal, podemos darnos cuenta que se valora en mayor medida la vida independiente de aquélla dependiente.

b) La diferencia de valor de los bienes jurídicos: siguiendo a Roxin, establece tres reglas para determinar la proporción valorativa de los bienes jurídicos:

- Los preceptos sobre el orden general ceden ante la protección a daños concretos, así ejemplifica que se puede justificar una infracción a la ley sobre horario de cierre de comercios si mediante la venta fuera de horario de apertura se puede evitar un daño patrimonial considerable.

---

18 FUENTES, Danae, *La Ponderación de los Males en el Estado de Necesidad*, Santiago, Chile LegalPublishing, 2009, p. 57.

19 Op. cit. 13, p. 683.

20 Op. cit. 17, p. 86.

- Los valores de la personalidad tienen preferencia frente a los bienes patrimoniales, por ejemplo, se permite causar daños en la propiedad pública si es la única forma de evitar un daño a la salud.
- La protección de la vida y la integridad constituyen un interés superior, incluso frente a la preservación de otros valores de la personalidad o de bienes jurídicos supraindividuales. Ejemplo de ello será el caso de aquel que quebrante el deber de secreto médico comunicando la enfermedad que padece el paciente a la autoridad si así es la única forma de eliminar el peligro.

Sin embargo, pueden permitirse algunas injerencias en los derechos de la personalidad para preservar valores patrimoniales importantes, como por ejemplo sería el ocasionar lesiones leves en caso de un incendio, e incluso salvar una vida humana no se fundamenta en todo caso y sin excepción, pues en el caso del rehén donde los terroristas exigen para no hacerle daño, el detrimento de intereses del Estado, esta vida no tendrá prioridad en cualquier circunstancia<sup>21</sup>.

c) La intensidad de la lesión del bien jurídico: dice relación con el grado del daño que amenaza a los bienes jurídicos en la situación de conflicto real. De esta forma, Roxin ejemplifica el caso señalando que aún reconociendo que la libertad es un bien jurídico en sí mismo más valioso que la propiedad, se admite una privación breve de esta libertad, para evitar un importante daño patrimonial. Más aún, si en abstracto estos bienes jurídicos no presentan diferencias significativas, reviste importancia la intensidad de los daños que se amenacen.

d) No cabe la ponderación de la vida frente a la vida: todas las vidas son valiosas, por lo tanto, son inadmisibles las graduaciones entre vidas valiosas y menos valiosas, así como tampoco resulta admisible la ponderación según el número de vidas humanas en conflicto. Tampoco es aceptado en la comunidad de peligro, donde estando varias personas en situación de peligro, se sacrifica a una o algunas para impedir que todas mueran<sup>22</sup>. Ello porque la vida del ser humano no es medible, porque se trata de principios que son necesarios de preservar. En consecuencia, en estas situaciones, el actuar del sujeto sigue siendo antijurídico y por tanto deja el ámbito del estado de necesidad justificante y se evaluará si se está ante un caso de estado de necesidad exculpante.

e) El grado de los peligros que amenazan: acá se tiene presente el grado de probabilidad de que el daño se produzca.

f) El principio de autonomía: en el estado de necesidad agresivo, que se dirige contra personas no implicadas, se lesiona la autonomía del titular de dicho

---

21 Op. cit. 13, p. 684-685.

22 Idem, p. 686-687.

bien jurídico, por lo tanto, esta circunstancia debe tomarse en consideración a favor de aquel bien que fue víctima de interferencias y en contra del bien que se preservó.

g) Regulaciones legales: este criterio importa que deben considerarse siempre las valoraciones contenidas en normativas legales al margen de la regulación del artículo 10 N°11. Así, la policía no se encuentra amparada para violar moradas ajenas invocando estado de necesidad si va en persecución de un delincuente si no se encuentra en la hipótesis, por ejemplo, del artículo 206 del Código Procesal Penal.

h) La provocación de la situación de necesidad: en la actualidad, la doctrina se encuentra conteste en orden a entender que no se excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad si existe provocación culpable de la situación de necesidad. Clásico es el ejemplo del montañista que al escalar la montaña no consigue descender y para evitar congelarse, entra en morada ajena. Pero ello no implica que la provocación de la situación de necesidad no importe en la ponderación a efectuar, pues tendrá injerencia en aquellos casos donde premeditadamente se puso en situación de necesidad para librarse de ella a costa de otros, o haya provocado culpablemente la puesta en peligro, o si hay dolo en la lesión del bien menos valioso.

i) Posiciones de deberes especiales: lo veremos a propósito del último requisito del estado de necesidad, pues en nuestra legislación se incorporó expresamente como un requisito de la eximente de responsabilidad penal.

j) La actuación de parte del injusto: se trata del caso en que un sujeto que se injiere en bienes ajenos lo ha puesto en situación de peligro la coacción de un tercero, por ejemplo, ante una amenaza de muerte, comete falso testimonio<sup>23</sup>. La cuestión acá se centra en determinar si esta situación se sitúa en el ámbito de la antijuridicidad o la culpa. Para algunos, la justificación siempre estará excluida porque la conducta del sujeto está del lado del injusto, aún cuando éste se encuentre forzado a ello. Sin embargo, otras posiciones, como la de Jakobs, señala que a priori no debe excluirse el estado de necesidad justificante porque “al instrumento no le es imputable el hecho del autor mediato y por tanto tiene derecho a la solidaridad como cualquiera que no tiene que responder por peligros propios”<sup>24</sup>.

k) La importancia individual del daño evitado y del causado para los respectivos afectados: otro criterio a considerar es la afectación personal del que sufre y del que evita el mal, afectación que debe evaluarse en base a criterios objetivos.

23 Op. cit. 13, p. 702.

24 JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Madrid, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1995, p. 501-502.

1) El origen del peligro en la esfera de la víctima de la injerencia: este factor se encuentra asociado al denominado estado de necesidad agresivo, donde el sujeto que se encuentra en estado de necesidad afecta el bien jurídico de otro no implicado para salvarse a él o a terceros de un peligro.

Estos casos limitan con la legítima defensa, por ello serán casos excepcionales donde se den estas situaciones<sup>25</sup>.

4) Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa

Este requisito implica que el mal causado no le sea exigible al sujeto que lo sufre o para el tercero que se encuentra amenazado por él, siempre que ello sea conocido por el autor.

Algunas personas están obligadas a soportar riesgos, en ciertos casos porque ellas mismas han generado situaciones de peligro y en otras por la posición jurídica especial que tiene. Así, en la primera hipótesis se encuentra aquel que se expone a peligros naturales en una excursión, y en la segunda, el clásico ejemplo del bombero.

Ello no implica que aquel que provocó el peligro está impedido de utilizar el estado de necesidad, sino que su responsabilidad es mayor por ello, y por lo tanto, debe servirse de los medios más adecuados.

Entonces, la clave de este requisito está en determinar cuándo al sujeto se le exige soportar el peligro. Como señala Juan Domingo Acosta, esta cláusula de exigibilidad implica realizar las correcciones en el ámbito de las posiciones jurídicas especiales y de la causación del peligro<sup>26</sup>. Así, el excursionista o el bombero no podrían invocar el estado de necesidad si *razonablemente* pueden afrontar el riesgo.

---

25 Roxin los agrupa en cuatro grupo de casos: la amenaza procede de un supuesto de falta de acción, la puesta en peligro es creada por una acción diligente y por tanto no antijurídica, el caso de la perforación donde hay que matar a un niño en el parto para salvar a la madre y en la legítima defensa preventiva, donde se impide una agresión en estados preparatorios porque posteriormente ya no sería posible.

26 ACOSTA, Juan Domingo, *Apuntes sobre Estado de Necesidad*. Jornada de Capacitación en el Ministerio Público de fecha 10 de marzo de 2011.

#### IV. Análisis de fallos donde se ha invocado esta nueva eximente

En este apartado, analizaremos tres fallos dictados por Tribunales Orales en lo Penal, donde la defensa invocó la existencia de esta eximente, precisamente porque la mujer parricida señaló haber actuado bajo estado de necesidad. En uno de ellos, se descartó de plano la existencia de la causal del artículo 10 N°11 del Código Penal, en el otro, se acogió como eximente incompleta y en el último se absolvió a la acusada al estimar que obró bajo el estado de necesidad.

##### 1) Fallo que acoge estado de necesidad como eximente incompleta: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, en causa RUC N°1000281567-8, por el delito de parricidio, de fecha 28 de mayo de 2012

En este caso, el Ministerio Público acusó a la cónyuge del occiso como autora de parricidio<sup>27</sup> sin reconocerle esta atenuante privilegiada, mientras que la defensa no discutió hechos ni participación, sino que basó sus alegaciones y probanzas en la existencia de una atenuante de responsabilidad.

El Tribunal Oral, en fallo dividido, estimó que se configuraba la atenuante en comento, mientras que una de las magistradas, manifestó su disidencia estimando que no se configuraban los requisitos.

Sobre este aspecto, el fallo señala lo siguiente:

*“DÉCIMO SEXTO: Que la atenuante contemplada en el artículo 11 N°1 en relación al artículo 10 N°11 del Código Penal, se ha tenido por establecida, por mayoría del Tribunal, considerando que con la prueba rendida en la audiencia se ha establecido la existencia de agresiones anteriores y sostenidas en el tiempo por parte del hoy fallecido, hacia la acusada, lo que provocó que en ésta evaluara la necesidad de evitar un mal hacia su persona, ejecutando la conducta homicida.*

*Al respecto se presentaron testigos, ajenos al núcleo familiar, que advirtieron señas de violencia en la acusada, al menos desde el año 2008. Es así como la médica doña Roxana Mansilla Albornoz señaló que recibió a la acusada en la urgencia del hospital con un elemento contundente, similar a una lima, enterrado en la zona orbital*

27 Hechos de la acusación: El día domingo 28 de marzo de 2010, en horas de la mañana, alrededor de las 09:00 horas, la víctima identificada como F. M. A. U. se encontraba en su domicilio ubicado en calle XXX, lugar hasta donde llegó la acusada, su cónyuge, doña C. A. S. S., con quien además vivía en el mismo domicilio antes indicado, quien regresaba de una fiesta cercana a su domicilio donde momentos antes habían estado ambos. Una vez en el domicilio común, ambos aparentemente sostuvieron una discusión, producto de lo cual la imputada tomó un cuchillo y agredió con éste a la víctima, su cónyuge, propinándole una apuñalada en el tórax, ocasionándole una herida cortopunzante torácica, de carácter homicida a raíz de lo cual falleció momentos más tarde pese a recibir atención médica.

*que comprometía los dos ojos, por lo que debió derivarla al hospital de Valdivia, la acusada, en esa ocasión, le refirió que fue agredida por su pareja y que no quería denunciar, sin embargo la profesional, cumpliendo su deber legal, lo hizo, lo que concluyó con una suspensión del procedimiento, conforme se acreditó en la audiencia mediante el documento respectivo, en el que consta el reconocimiento de responsabilidad, en esa oportunidad, del hoy fallecido. Sobre este evento, es decir, la agresión de A. a su cónyuge en un ojo con un elemento similar a una lima, también dieron cuenta sus hermanos M. y J. A. U.*

*Por otra parte se contó con la versión de la Sra. Maldonado la que indicó que, como un mes antes de la muerte de A. U., vio a la acusada con un parche en la cabeza, en la zona ubicada sobre la frente. Además en otra ocasión la vio con un ojo morado, explicándole la acusada que fue provocado por un golpe de puño. A su vez, el Sr. Barriga, quien mantiene un local de servicio telefónico, ubicado cerca del domicilio de la acusada en esa fecha, también indicó haberla vista en una ocasión con un ojo morado. Finalmente la psicóloga Carola Ramírez, funcionaria del Sernam, explicó que la acusada presentaba síntomas y conductas propias de una mujer que ha sufrido violencia intrafamiliar.*

*Todas estas circunstancias entregan indicios claros del desarrollo de una conducta violenta del ofendido en contra de su cónyuge, incluso llegando a causarle lesiones graves, los que permiten explicar la reacción de la acusada frente a una discusión y agresión recibida por el occiso el día de los hechos, entendiéndose que esa posibilidad configura la inminencia de recibir un mal, en este caso la agresión física cuya gravedad es dimensionable a partir de las lesiones anteriormente sufridas, en este caso, las graves provocadas dos años antes, por lo que la única lesión provocada por la acusada no aparece como sustancialmente superior a la que creía podía serle provocada a ella.*

*Sin embargo, y tal como lo enunció la Defensa, aparece que en esas circunstancias la acusada pudo evitar el mal que vio amenazarla, de otra forma, como huyendo del lugar en el que estaba.*

*Finalmente no le es exigible a la acusada que estuviera dispuesta a sufrir daño físico, sin oponerse”.*

Mientras que el voto de minoría establece:

“Acordado el reconocimiento de la atenuante prevista en el artículo 10 N°11 en relación con el artículo 11 N°1, ambas disposiciones del Código Penal, con el voto en contra de doña Alicia Faúndez Valenzuela quien estuvo por rechazarla, atento que a su juicio no concurre la mayoría de los requisitos para ello, y en consecuencia, no opera el artículo 73 del señalado Código. El artículo 10 N°11 requiere, en su numeral primero, de la actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar, la acusada señaló que su temor fue que la agrediera al igual como lo hizo en aquel episodio en que le enterró una lima en un ojo, sin

embargo ello ocurrió a fines del año 2.008 y este delito lo cometió en marzo de 2.010, por lo que esa razón, a juicio de esta sentenciadora, a más de un año de aquel episodio, aún cuando había sido agredida con golpes que le causaron los hematomas que algunos de los testigos señalaron haber visto en su rostro. La propia acusada refirió que en esta ocasión, antes tomar el cuchillo, la víctima le dio dos tirones de pelo, dos patadas en las pantorillas, estaba detrás de ella, y además le dio un puñete en la cara el que ella esquivó poniendo su mano; que la llevó a tomar el cuchillo y enterrarlo en el tórax de su marido, un boxeador, no resultan suficientes para estimar que estaba ante la actualidad e inminencia del mal que dice trató de evitar. El segundo requisito la Defensa reconoció que no concurre. El tercer requisito esto es, que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita tampoco se da en la especie, pues aparte de aquél suceso de la lima en el ojo, las agresiones de F. A. U. la dejaban con algún hematoma en el rostro, como apreciaron los testigos. Otro evento que describe la acusada fue haber recibido de parte de la víctima, un botellazo en la cabeza. Al respecto concurrió a estrados un testigo, amigo de la víctima, José Huillinao Solis, dijo que en una ocasión quiso él pegarle con la botella a la víctima, pero se interpuso la acusada para evitarlo y recibió ella el golpe, de modo que el mal causado resultó sustancialmente superior a aquel que pudo evitarse. El médico legista constató una herida lineal de tres centímetros. Es así que en este escenario de agresiones, resulta desproporcionada la conducta desplegada por la acusada, que causó un mal sustancialmente superior al que trató de evitar. En consecuencia no concurriendo en la especie los elementos necesarios para tener por configurada esta atenuante privilegiada, estuvo por imponer a la acusada C. S. S., la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio”.

A la luz de lo expuesto precedentemente, podemos señalar que las juezas por mayoría, estimaron que en el caso propuesto, se daban la mayoría de los requisitos previstos por el legislador.

Analicemos cada uno de los requisitos que estableció el legislador:

“El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero”: se estimó concurrente este requisito porque consideraron que la acusada actuó para evitar un mal grave para su persona, que se traducía en el atentado no sólo en contra de su integridad física, sino ante el temor de ser agredida por su marido con mayor intensidad. Así se expresa al final del considerando décimo tercero al señalar: *“Con el mérito de lo razonado precedentemente el Tribunal ha llegado a la convicción que la acusada arremetió en contra de la víctima, en pro, no tan solo de su integridad física, vulnerada en al menos en tres oportunidades, conforme la sicóloga Ramírez Cifuentes, amén de los testigos que la vieron en diversas ocasiones con hematomas en el rostro, sino ante el temor de ser agredida por éste con mayor intensidad incluso de aquella vez que la víctima introdujo una lima en su ojo, y el desenlace pudiera llegar a ser fatal”.*

a) Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar: para la mayoría este requisito se verificó porque se logró establecer a través de la prueba rendida en juicio, que el occiso tenía una conducta agresiva hacia su mujer, estableciendo la existencia de agresiones anteriores y sostenidas en el tiempo, por lo cual explican la reacción de la imputada ante la discusión y agresión de su marido, entendiendo que eso es precisamente la inminencia de recibir un mal, en el caso concreto, de una agresión física cuya gravedad puede ser dimensionada tomando en consideración la entidad de las anteriores, donde se ocasionaron lesiones graves. Entonces, lo que el sentenciador establece es la existencia de un “peligro permanente”, en el que una situación que amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decir cuándo sucederá aquello, estimando en consecuencia, que éste es un caso del “tirano familiar” que de momento está pacífico, pero que en cualquier instante puede proceder a nuevos malos tratos<sup>28</sup>.

No obstante lo anterior, la minoría estimó que dicho requisito no concurría porque el episodio en que el occiso enterró una lima en el ojo de la acusada y le provocó lesiones graves, había ocurrido casi dos años antes del parricidio, en consecuencia, no estimó que el mal fuera inminente.

b) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo: tal como la defensa lo señaló y concordó el Tribunal, este requisito no se acreditó, pues claramente en el contexto en que se llevaron a cabo los hechos, era posible recurrir a otro medio realizable y menos perjudicial para evitarlo, como por ejemplo huir del lugar o llamar a la policía.

c) Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita: el Tribunal Oral en su mayoría, estima que no es sustancialmente superior el mal causado al evitado. Sin entrar en detalles sobre la forma en que arribaron a dicha conclusión, señalan que en definitiva, si lo que se trató de evitar ocasionar era a lo menos lesiones graves –que ya había experimentado– o incluso un mal mayor, de acuerdo a lo que la propia acusada creía que podía ocurrirle a ella.

De acuerdo a la teoría de la ponderación, es posible que las sentenciadoras tomaran en consideración los bienes jurídicos protegidos, la intensidad de la lesión del bien jurídico y el grado de los peligros que lo amenazan, puesto que acá hay un peligro concreto que estimaron era la vida de la mujer. Además, tomaron especialmente en consideración la posición subjetiva de la acusada, esto es, lo que ella pensó que podría sucederle de no repeler el peligro que la amenazaba.

---

28 Ver nota N°15.

Sin embargo, el voto de prevención estima que no concurre, puesto que, de acuerdo a la prueba rendida, la acusada sufrió lesiones, de modo que el mal causado fue sustancialmente superior a aquel que pudo evitarse.

d) Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa: las juezas estimaron que no le era exigible a la acusada que estuviera dispuesta a sufrir un daño físico sin oponerse.

## 2) Fallo que rechaza el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal: 7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en causa RUC N°1101043228-8, por el delito de parricidio, de fecha 25 de junio de 2012

Este caso<sup>29</sup> fue llevado por el Ministerio Público sin reconocer esta atenuante, mientras que la defensa, además de otras estrategias, estimó concurrente la eximente, toda vez que se estaba en presencia de un caso de síndrome de la mujer maltratada y por tanto, a ella no le era exigible otra conducta.

El Tribunal Oral desechó las alegaciones de la defensa, toda vez que: *“no se acreditó la concurrencia de los requisitos que lo hacen procedente, en particular el esencial, esto es, la existencia de una situación o estado de riesgo permanente o inminente que hiciera peligrar la integridad física de la acusada o de un tercero o de sus derechos de manera grave, ni menos aún que se viera en serio riesgo su vida o la de otro, que hubiere hecho inexigible otra conducta que la lesiva...”*

*... a la luz de estos antecedentes y conforme el análisis de la prueba rendida, ha de comprenderse que la acusada no obró con el propósito de conjurar un mal grave que cerniese una situación de peligro real, grave y actual o inminente, ni para su persona (su vida o integridad física) o derecho ni sobre el de un tercero, puesto que, si bien se demostró que llevaba una relación conflictiva con la víctima, que se vio profun-*

29 Hechos de la acusación: “Con fecha 11 de Octubre de 2011, aproximadamente a las 18:40 horas, la acusada I. D. C. F. C., encontrándose en el interior del domicilio ubicado en XXX, y conociendo las relaciones que los ligan, procedió a agredir a la víctima, su conviviente, don L. F. L. O., quien se encontraba en manifiesto estado de ebriedad, propinándole cuatro puñaladas con un cuchillo de 22.5 centímetros de hoja, en las piernas, específicamente en el hueso poplíteo derecho de 1.2 centímetros, en región anterolateral de la pierna izquierda de tres centímetros de profundidad, en la cara interna de la pierna derecha de 6 centímetros y en el muslo derecho en la región postero interna de 12 centímetros sobre la rodilla. Debido a la gravedad de sus lesiones, la víctima cayó al piso del patio lateral de la propiedad, donde la acusada no le prestó ningún tipo de socorro, dejando que se desangrara. Posteriormente, la víctima falleció por anemia aguda por sección traumática de arteria femoral derecha, atribuible a herida corto punzante, en el interior del Hospital Luis Tizné”.

*dizada en el último tiempo, una reacción como la que tuvo la acusada no puede ser entendida bajo la exigencia de “mal grave”, ni menos aún guarda proporción sustancial con las lesiones que provocó con un cuchillo, ni con el resultado más grave producido a consecuencia de ese actuar negligente, esto es, la muerte, conclusión a la que también se llega si estimamos la existencia de las lesiones leves acreditadas por la acusada y que ella atribuyó a la acción de su pareja en el transcurso de la tarde, por quererle arrebatar de su bolsillo los diez mil pesos que portaba para comprar más licor, no logrando saber a qué hora aquello se produjo, pues la misma acusada señaló que la discusión se inició a eso de las 15:00 horas, cuando llegó su pareja y acabó cuando éste fue herido de gravedad en sus piernas, minutos antes de las 19:40 horas, período en que fue recibido por el carabinero Yoan Cortez, el llamado de Cenco.*

En este orden de ideas, para estos sentenciadores, no se pudo comprender y “disculpar” la conducta desplegada por la acusada al no haberse demostrado, bajo el estándar legal de convicción, esto es, más allá de toda duda razonable, que ésta estuviese sometida a una especial situación de peligro o riesgo para su vida, vale decir, bajo un conflicto personal extremo, en el cual, ella fuera objeto de un constante martirio y tormento, de manera que en tales circunstancias, se la exculpase de esta acción, vale decir, era relevante apreciar una perturbación preponderante y trascendente que explicase su conducta, lo que en el caso de marras, no aconteció...”.<sup>30</sup>

En este caso, los sentenciadores estimaron que no concurría el elemento central de todo estado de necesidad, cual es, la existencia de un mal grave que además tiene características: actual o inminente. No se acreditó que la parricida estuviera viviendo en “peligro permanente”, sino por el contrario, se acreditó que el occiso era más bien grosero que agresivo. Entonces, a la acusada le era exigible actuar de manera distinta a la que obró, ya que se acreditó que no era una mujer que sufriera maltrato crónico. Así las cosas, no estando en la situación de inexigibilidad de la conducta, la acusada fue condenada.

### 3) Fallo que acoge el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, en causa RUC N°1101060685-5, por el delito de parricidio, de fecha 17 de enero de 2013<sup>31</sup>

El Ministerio Público acusó a la imputada por el delito de parricidio<sup>32</sup>, mientras que la defensa presentó su teoría del caso estimando que la parricida había actuado bajo “estado de necesidad”.

<sup>30</sup> Considerando décimo.

<sup>31</sup> A la fecha de edición de este artículo, este fallo se encuentra con un recurso de nulidad pendiente en su contra.

<sup>32</sup> Hechos de la acusación: “El día 17 de octubre de 2011, alrededor de las 08:00 horas al interior del domicilio ubicado en XXX, K. C. S. C., con una pistola famae calibre 9 milímetros, disparó en contra de su conviviente C. A. R. C., quien se encontraba

El Tribunal Oral absolvió a la acusada del parricidio, estimando que concurrían todos los requisitos para estar frente a esta eximente. Señalaron lo siguiente:

*“DÉCIMO OCTAVO...En lo concerniente a la condición fundamental para configurar la causal establecida en el artículo 10 N°11 en análisis, esto es, obrar para evitar un mal grave:*

*Como primera aproximación, se consigna que dicho mal grave se encuentra caracterizado como: “la situación de peligro que da origen al estado de necesidad”, traducido básicamente en “...la coerción antijurídica de otro...”*

*En segundo término, baste por ahora recordar que el mal y su gravedad a que la norma alude, en el caso sub iudice está constituido por la situación o estado de violencia habitual que debió enfrentar la acusada de parte de su conviviente, consistente en el maltrato reiterado y constante en el seno de su familia, que afectó por proyección igualmente a los hijos comunes...*

*...Primer requisito: Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.*

*...Así, es del caso puntualizar que la prueba ponderada precedentemente da cuenta de constantes amenazas de golpes a la acusada K., las que eran efectivamente concretadas cada vez que a su conviviente, a modo ejemplar, no le agradaba una comida o la forma en que ésta hacía el aseo del hogar común. Igualmente, de actos de violencia contra terceros... A su vez, avala la presunción de riesgo inminente en referencia, la condición de lanza internacional del ofendido, la condena de 5 años y un día por un delito violento, más reiteradas anotaciones penales de que dio cuenta la documental respectiva. Todo ello lleva a la conclusión necesaria que el conviviente de la acusada, era una persona violenta que concretaba sus amenazas. Dichas amenazas, a su turno, como también se probó estaban dirigidas no sólo a su familia nuclear, sino también específicamente al padre de ella.*

*De este modo, es del caso concordar en que el ofendido sin duda creó un estado o situación permanente de temor en su familia, la que se prolongó –según reiteradamente se ha dicho– por todo el lapso que duró su relación de pareja, circunstancia que conlleva una especial vulnerabilidad de K. frente a los ataques constantes de que fue objeto, en contra de bienes jurídicos vida e integridad física de la acusada, a más de su seguridad personal y libertad individual, pues ejercía un control total de sus actividades diarias.*

*A su vez, la inminencia de dichos males, dice relación con que razonablemente era esperable su realización. A saber, de modo cierto, real y en forma próxima –en cual-*

---

durmiendo, provocándole a consecuencia del disparo una herida cráneo encefálico con salida de proyectil que le causa la muerte”.

*quier momento como se nos dijo por todos los testigos que avalan el relato de la acusada...*

*... En tales términos, por las características de la violencia referida, correspondería afirmar inclusive que la agresión a diario fue siempre actual, máxime si cuando se causan lesiones a otro, se conculca no sólo la integridad física, sino también la libertad y seguridad individual del sujeto que padece los malos tratos, a tal extremo que K. debió adaptar su vida a los antojos irracionales de su pareja, porque de otro modo la golpeaba ante el más mínimo detalle...*

Segundo requisito: Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo:

Fue lo más discutido durante la audiencia, toda vez que el Ministerio Público alegó, que la acusada tenía múltiples formas de salir de la situación de violencia en la que estaba inserta, la principal denunciar los hechos; dar cuenta a la policía del paradero de su conviviente para que ingresara a cumplir la condena por la cual era buscado por las policías; pedir ayuda a su familia o a cualquier red de apoyo para así poder abandonarlo.

*En cuanto a la adopción de otras vías de solución..., tanto la autoridad administrativa como judicial no han demostrado eficacia en la protección de las víctimas de VIF, lo cual aparece, además reflejado en las estadísticas ampliamente difundidas, relativas a muerte de mujeres a manos de sus parejas. Por otro lado, en lo que hace al abandono del hogar común en estos casos, de hecho conlleva una reacción cierta especialmente agresiva de parte del agresor. Sobre todo que nos encontramos ante un ataque injusto a bienes jurídicos personalísimos, respecto de lo cual, a nadie le es exigible tolerar sin más, el peligro de muerte o lesión.*

*Si bien denunciar las agresiones sufridas hubiese sido lo deseable, en el caso de K. S. C., no era factible. Sometida a años de maltrato físico y psicológico de parte de su pareja, el temor la inhibía a la acción.*

*La asistente social Eliana Pérez Rodríguez concluyó en el peritaje, que la imputada presentaba una indefensión o desesperanza aprendida, que explica la pasividad de las víctimas por temor a la pareja o a los hijos, situación que es común en las mujeres insertas en situaciones de violencia y que tiene que ver con que una persona sometida permanentemente a condiciones que no puede modificar, tiende a acostumbrarse a ellas, es decir, hiciera lo que hiciera sabía que sería golpeada, si llegaba temprano el agresor le pegaba pero si no lo hacía le pegaba igual...*

*... Lo anterior, se debe relacionar con el perfil del occiso de cual dio cuenta la perito al explicar porqué razón creía que K. S. lo había atacado mientras estaba durmiendo, y como ya se explicitó se encuadraba dentro de la tipología de agresor tipo cobra, peligroso, agresivo, poseedor de armas de fuego inscrita pese a no cumplir con los requisitos legales y autorizada para otro domicilio, portaba armas blancas como lo confirmó su amigo F.M.H.D., con antecedentes delictuales, con una orden*

*de aprehensión vigente, fracasando incluso la autoridad administrativa en obtener el cumplimiento de la resolución judicial.*

*La profesional agregó además que mujeres en la situación de K. no ven en las denuncias una alternativa posible para terminar la situación que estaba viviendo, sumado al temor que le tenía a su pareja y al hecho de que no quería que sus hijos perdieran a su padre, a quienes tampoco podía abandonar...*

*...Se discutió latamente en audiencia las ocasiones en que el agresor echaba a K. S. de la casa pero al mismo tiempo se constató que inmediatamente la obligaba a volver, situación que fue explicada por la profesional antes aludida con conceptos como “el ir y volver”, afirmando que es propio de las dinámicas en la relaciones de VIF, sumado a que no podía abandonar a sus hijos...*

*...Por otro lado él ya había estado en la cárcel, en algún momento volvería a salir y según el relato de la acusada ya la había golpeado mientras lo visitaba en la Penitenciaría. Que el control que ejercía el occiso sobre la acusada era tota...*

*...Pedir auxilio a su familia, tampoco era una solución que fuera efectiva, ya que si bien veía regularmente a sus padres, casi a diario al padre porque trabajaba con él en la feria, no tenía un apoyo real ni comprometido de éstos, nadie la ayudó explícitamente pese que tuvieron conocimiento de las agresiones y de no haberlo tenido, era suficiente con ver el cuerpo de su hija en donde constaban las múltiples cicatrices producidas por las agresiones, muchas de las cuales estaban en zonas que no es posible cubrir con ropas...*

*...En lo que concierne a la elección del medio comisivo, se impuso como hecho la dinámica de violencia intrafamiliar, la inferioridad física probada de la acusada, 1,57 centímetros, delgada, versus los 80 kilogramos de peso de su conviviente y una estatura de 1,79 centímetros, cuyo perfil además, corresponde a la tipología “cobra”, según explicó la perito asistente social Eliana Pérez Rodríguez, razones suficientes para comprender que doña K. debió esperar precisamente que el occiso se encontrara en un estado de indefensión, para poder terminar con la situación o estado de violencia persistente en el tiempo, gatillado incluso por el último episodio violento que perpetró la víctima, a saber, la agresión al hijo común el día anterior al suceso, con las consecuencias que fueron probadas por la documental respectiva y que sumó a los golpes, violencia psicológica relativa a la condición de homosexual que adjudicó a este adolescente.*

*Tercer requisito: Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita;*

*En este caso, lo conculcado claramente fue la integridad física y la inminencia del peligro para la vida de la acusada, pues también se probó que la violencia que padeció por largos años fue en escalada. De modo tal, que es procedente aplicar la conocida máxima jurídica relativa a que el derecho no exige heroísmo a los sujetos imperados.*

*Dentro del mismo orden, no debemos olvidar que se está juzgando un hecho que fue el resultado de violencia tanto física como psicológica, reiterad..,*

*Cuarto requisito: Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí.*

*Por su parte este requisito aparece nítidamente comprobado en atención a que –como ya se asentó– a doña K. como a ninguna otra persona, le es exigible soportar ser objeto de ilícitos que comprometan incluso su vida, en los términos a que se aludió precedentemente, a los cuales las juzgadoras se remiten”.*

Este fallo, establece latamente cómo da por acreditados cada uno de los requisitos del estado de necesidad establecidos por el legislador penal.

Además de entender que estamos en presencia de un mal grave, las sentenciadoras señalaron que claramente es inminente, por la situación de peligro permanente en la que vivía inserta la mujer. Pero van más allá. Consignan que dada la dinámica de violencia en que estaba envuelta la acusada, el mal que la aquejaba era actual, puesto que las agresiones eran a diario y ocasionaron en ella una coacción a su libertad y seguridad que la obligó a adaptar su conducta a los “antojos irracionales de su pareja”.

Luego, las magistradas estimaron que se acreditó el segundo requisito: “Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo”. Este es el elemento que por regla general, será más difícil de acreditar en un caso donde se alegue esta eximente. Para estos efectos, señalaron que ni el sistema administrativo ni judicial eran una opción para la autora, pues es sabido que no son eficaces para dar protección a las víctimas de violencia, más si ella estaba inmersa en una situación de maltrato sostenida por muchos años, donde se explicó a través de peritos la “desesperanza aprendida” en que vivía la imputada, la cual la llevó a no actuar y denunciar lo que padecía. Lo anterior, sumado al perfil del occiso, un sujeto violento con antecedentes delictuales, que conocía la cárcel y el sistema judicial, hizo que para esta mujer, el denunciar no fuera una alternativa viable que significara para ella la debida protección a su integridad física y la de sus hijos. Tampoco lo era su familia, pues no tenía apoyo real, y por la dinámica de violencia en que vivía, sus relaciones interpersonales eran escasas.

Respecto del tercer requisito, las juezas apoyadas en la máxima jurídica relativa a que el “derecho no exige heroísmo a los sujetos imperados”, señalaron que el espiral de violencia en que vivía la acusada y que fue en escalada, desencadenó que en definitiva ella se encontraba ante la disyuntiva de la vida de su agresor versus su vida y la de sus hijos.

Por último, establecen que concurre el cuarto requisito, puesto que ni a ella ni a ninguna persona le es exigible soportar todos los ilícitos que sufrió por parte del occiso.

## V. Conclusiones

La creación de esta nueva causal de exención de responsabilidad contemplada en el artículo 10 N°11 del Código Penal, implica un nuevo tratamiento del estado de necesidad en nuestra legislación. Con esta norma, se incorpora el estado de necesidad justificante –y sin las limitaciones que tiene el existente hasta antes de la modificación– y el estado de necesidad exculpante. Ello es sin duda un avance, pues llena un vacío que tenía nuestra normativa penal al no contemplar de manera expresa el estado de necesidad exculpante y al restringir a determinadas hipótesis, el justificante.

Si bien la intención primitiva del legislador era eximir o aminorar la responsabilidad penal de las mujeres que mataban o lesionaban a sus maridos o parejas cuando eran víctimas de violencia intrafamiliar, lo cierto es que más allá de esta intención que originó su inclusión, ésta es una norma de carácter general que puede ser utilizada no sólo en los casos en que la autora sea una mujer víctima de violencia intrafamiliar.

Esta última cuestión es importante de tener a la vista, pues el legislador estableció una serie de requisitos que, como vimos, no son fáciles de acreditar. Esto parece razonable dado el impacto que genera configurar una causal de exención de responsabilidad, donde muchas veces se ha cometido un ilícito de gravedad que puede llegar a conmocionar a la sociedad.

Así lo hemos analizado en tres fallos donde se acusó por parricidio consumado y se alegó el estado de necesidad, donde en uno de ellos, el Tribunal estimó que no concurría ninguno de los requisitos, en otro estimó concurrente la mayoría de ellos, y en el último sostuvo que se acreditaron todos los requisitos.

Si bien, son muy pocos fallos como para efectuar un análisis jurisprudencial, sí podemos sostener que los tribunales han sido exigentes y rigurosos al momento de estimar configurado cada requisito. Se advierte que los Tribunales Orales han recurrido a la historia de la ley y a la doctrina nacional y comparada para resolver la cuestión sometida a su conocimiento y fallo y, de acuerdo a la prueba rendida en juicio, han tomado una decisión en el caso concreto.

Sin perjuicio de lo anterior, desde ya nos parece que el requisito que más costará a la defensa acreditar es el segundo de ellos, pues en la generalidad de los casos existirá otro medio practicable y menos perjudicial.

## Referencias bibliográficas

- Acosta, Juan Domingo, *Apuntes sobre Estado de Necesidad*. Jornada de Capacitación en el Ministerio Público de fecha 10 de marzo de 2011.
- Cerezo Mir, José. *Derecho Penal*, Parte General. Buenos Aires, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.), 2008.
- Código Penal Alemán. Traducción de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Código Penal Suizo de 1942.
- Couso, Jaime y Hernández, Hector (Directores), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago, Chile, LegalPublishing, 2011.
- Cury, Enrique, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Fuentes, Danae, *La Ponderación de los Males en el Estado de Necesidad*, Santiago, Chile LegalPublishing, 2009.
- Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, de 16 de abril de 2008, ratificado por el Informe de la Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara Baja, de 6 de agosto de 2008.
- Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Madrid, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., 1995.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General. Buenos Aires, Editorial B de F, 2005.
- Novoa, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Parte General, Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- Politoff, Sergio, Ortiz, Luis, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Roxin, Claus, *Derecho Penal*. Parte General. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Luzón Peña, Editorial Civitas.

Santibáñez, María Elena y Vargas, Tatiana, *Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N°20.480)*.

Zaffaroni, Raúl, *Derecho Penal*. Parte General, Buenos Aires, Argentina, Ediar, 2002.



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

---



## INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS PRINCIPALES TIPOS PENALES CONTENIDOS EN LA LEY 20.507

*Tania Gajardo Orellana<sup>1</sup>*  
*Karen Guzmán Valenzuela<sup>2</sup>*  
*Carolina Suazo Schwlencke<sup>3</sup>*

---

A casi dos años de la publicación de la Ley 20.507<sup>4</sup>, que introdujo el delito de Tráfico Ilícito de Migrantes y modificó el delito de trata de personas tipificado en el Código Penal adecuándolo a los Tratados Internacionales vigentes y ratificados por Chile<sup>5</sup>, merece la pena detenerse y analizar los principales tipos penales regulados en la citada ley a la luz de la jurisprudencia existente a la fecha.

Desde ya se precisa que respecto del delito de trata de personas, sólo se abordarán aquellos casos en los que la finalidad es la explotación sexual de las víctimas, puesto que aún no hay fallos en la hipótesis de realización de trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud o prácticas análogas a ésta, o cuando la trata tiene por objetivo la extracción de órganos.

Teniendo presente lo señalado precedentemente, en primer lugar, se examinará el delito de trata de personas que se erige como el tipo penal más grave contenido en la Ley 20.507, para luego abordar el delito de tráfico ilícito de migrantes y, por último, la asociación ilícita para cometer alguno de los delitos antes señalados.

### **Trata de Personas con fines de explotación sexual**

Durante el segundo semestre del año 2012, el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago conoció dos juicios orales en los que se acusó por el delito de trata de personas a dos organizaciones criminales que venían funcionando en Chile al menos desde el año 2010.

- 
- 1 Abogada Asesora de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
  - 2 Abogada Asesora de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
  - 3 Fiscal Adjunto de la Fiscalía de Alta Complejidad de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, Ministerio Público.
  - 4 Ley publicada el 8 de abril de 2011.
  - 5 Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, vigentes en Chile desde el 16 de febrero de 2005.

En los fallos recaídos en estos juicios orales<sup>6</sup>, el tribunal realizó las primeras interpretaciones del tipo penal regulado en el artículo 411 quáter del C.P., en sede de juicio oral, planteando algunas cuestiones interpretativas interesantes acerca de la nueva normativa introducida por la ley 20.507 que serán abordadas en las líneas que siguen.

**1) Bien jurídico protegido:** Parte de la doctrina estima que el delito de trata de personas es pluriofensivo<sup>7</sup>, puesto que afecta la libertad ambulatoria y seguridad individual, en todos los casos y en otros, además, la indemnidad, libertad sexual, la integridad física y la salud de las víctimas.

Otros autores sostienen que el bien jurídico protegido es la dignidad humana<sup>8</sup>. No obstante que, respecto de este planteamiento hay quienes señalan que la dignidad subyace y se encuentra contenida con mayor o menor fuerza en todos los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal<sup>9</sup>.

Coincidente con la primera postura descrita, el tribunal consideró que el bien jurídico protegido es pluriofensivo: “... *por la multiplicidad de bienes jurídicos que protege, entre otros la vida e integridad, libertad y seguridad personal y libertad sexual y de trabajo*”<sup>10</sup>, dejando constancia en todo caso que los bienes jurídicos afectados están vinculados a la dignidad humana.

**2) Delimitación del término “explotación sexual”:** De acuerdo con la Real Academia Española, explotar es “*utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera*”. De esta definición se colige que, en el ámbito que

6 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012 y Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012.

7 En este sentido y específicamente respecto del tipo penal del art. 411 quáter del C.P.: CARNEVALI, Raúl, “*La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones de su regulación en Chile*”, trabajo inédito, próximo a publicarse, 2013, en el que se sostiene que los objetos de protección de este delito son la libertad, la seguridad personal y la salud, regulados como delitos de peligro.

8 Así lo sostiene respecto del tipo penal español, VILLACAMPA, Carolina, “El delito de trata de personas: Análisis del nuevo artículo 177 bis C.P. desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”. En: *AFDUDC*, 14, 2010, p. 845. ALONSO, Mercedes, “¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”. En: *Revista Derecho Penal Contemporáneo*, 17, 2006, pp. 171-210.

9 En esta línea de argumentación, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “*Delitos Sexuales*”, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2004, p. 82 y GUZMAN DALBORA, José Luis, “La trata de personas y el problema de su bien jurídico”. En: *Revista Procesal Penal*, 62, Chile, 2007, p. 16.

10 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando 11°.

interesa, la explotación consiste básicamente en la utilización de una persona en provecho propio.

Al analizar la finalidad ilícita de la asociación criminal para la comisión de delitos de trata de personas, el tribunal recogió este concepto al señalar que: *“...la finalidad era la explotación sexual, es decir, la obtención de beneficios económicos por la prostitución forzada de las mujeres dominicanas que se veían obligadas a efectuar algo que no deseaban”*<sup>11</sup>.

En otro fallo, el mismo tribunal para delimitar el concepto de “explotación”, razonó del mismo modo: *“El artículo 411 quáter, en referencia, también requiere que sea con fines de “explotación”. Respecto a qué entender por “explotación” se estará al texto de la ONU, pues el Protocolo de Palermo no incorpora un concepto específico sobre explotación, noción que tampoco se desprende claramente del análisis de la historia fidedigna de la Ley N°20.507...[se] entiende como “explotación”, “la obtención de beneficios financieros, comerciales o de otro tipo a través de la participación forzada de otra persona en actos de prostitución, servidumbre sexual o laboral, incluidos los actos de pornografía y la producción de materiales pornográficos”*<sup>12</sup>.

El tribunal también planteó que, a diferencia de lo acontecido con la norma del art. 367 bis del C.P., aquí se persigue la explotación sexual de la víctima; término más amplio que el de prostitución<sup>13</sup>.

A pesar que en la doctrina no existe consenso en cuanto a qué debe entenderse por prostitución, el tribunal sostuvo que: *“puede convenirse que consiste en el ejercicio de un comercio carnal promiscuo, mediante precio y como medio de vida de una persona”*<sup>14</sup>.

La Real Academia Española define la prostitución como: *“La actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero”*<sup>15</sup>.

11 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando 10°.

12 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando 12°.

13 VILLACAMPA, Carolina, op. cit., p. 849: *“...se incluye la explotación sexual, en la que cabrían conductas tales como hacer participar a la víctima en actos que impliquen servidumbre sexual –algunos supuestos de captación de esclavas sexuales en conflictos armados, venta de esposas o novias, matrimonios forzados que impliquen dicha esclavitud, o la producción de material pornográfico, por ejemplo–”*.

14 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando 11°.

15 GARRIDO MONTT, Mario, *“Derecho Penal. Parte Especial”*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo III, p. 420, en la que define la prostitución como la entrega sexual de una persona –hombre o mujer– a cambio de un precio.

Ambas definiciones –la entregada por el tribunal y la de la RAE– parecen ser más restrictivas que el uso general que se da a la expresión “prostitución”, pues excluyen las relaciones sexuales a cambio de dinero mantenidas con un solo cliente, aquellos casos en los que una persona tiene un oficio, profesión o trabajo remunerado y que además se prostituye para complementar sus entradas y, al individuo que tiene un trabajo remunerado como “pantalla” ante otros no obstante que sus ingresos provienen sustancialmente del ejercicio del comercio sexual.

### 3) Finalidad de la captación, traslado, acogida o recepción de personas:

Parte importante de la doctrina plantea que el delito de trata de personas es un delito de intención trascendente ya que exige la finalidad de explotación de la víctima; la que puede concretarse efectivamente en los hechos o no<sup>16 17</sup>.

Así lo señaló el tribunal al indicar: “...en cuanto a la fase subjetiva del tipo penal cabe señalar que el delito de trata de personas claramente se ubica dentro de los delitos de intención trascendente, pues existe una finalidad de explotación de la víctima que puede concretarse efectivamente en los hechos, no siendo esa finalidad un requisito para estimar antijurídica la conducta, por lo que requiere de dolo directo y un elemento subjetivo consistente en la finalidad de explotación sexual, es decir, la obtención de beneficios económicos a través de la intervención de otro en actos de prostitución, de lo cual se desprende que los agentes deben actuar con dolo directo”<sup>18</sup>.

Sin perjuicio de los problemas probatorios que puede traer el hecho que la víctima no haya sido efectivamente explotada, no debe perderse de vista que lo relevante es la acreditación de esa finalidad. Lo anterior teniendo presente que de acuerdo a la forma de operar de cada organización en particular, es esperable que transcurra algún tiempo entre la recepción o acogida de la víctima en el país o lugar de destino y la concreción de su explotación, si ésta efectivamente llega a ocurrir.

Sin embargo, en una de las sentencias analizadas, el tribunal interpretó a la hora de establecer que la finalidad de la captación, traslado, acogida y recepción de la víctima era su explotación sexual, sosteniendo que esta finalidad no era única, pues las víctimas, en general, no ingresaban a Chile a ejercer inmediatamente el comercio sexual. Al respecto, cabe señalar que el modus

16 En estos términos, aunque a propósito del delito tipificado en el antiguo art. 367 bis del C.P.: POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, “Derecho Penal. Parte Especial”, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo IV, p. 207; GARRIDO MONTT, Mario, op. cit., pp. 426 y 427 y RODRIGUEZ COLLAO, Luis, op. cit., p. 236.

17 Asimismo y en relación con el tipo penal recogido en el Código Penal Español, VILLACAMPA, Carolina., op. cit., p. 846.

18 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando 11°.

operandi de una de las organizaciones era sofisticado: traían a las víctimas a Chile bajo las expectativas de altos sueldos con empleos que no tenían ninguna relación con la prostitución, éstas se endeudaban o vendían sus bienes para viajar; cuando las víctimas ya estaban en Chile, las llevaban primero a empleos mal remunerados, con malas condiciones laborales, de tal forma de que las víctimas se vieran desesperadas y visualizaran como única opción o alternativa de sobrevivencia el ejercicio del comercio sexual.

**4) Medios comisivos:** Si se examinan los medios comisivos del artículo 411 quáter se puede observar que se mantienen algunas de las circunstancias comisivas reguladas a propósito de la figura agravada del antiguo artículo 367 bis, en su inciso segundo.

Con todo, es necesario realizar los siguientes alcances: se elimina la referencia a la calidad de ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima por parte del sujeto activo, reemplazándola por el aprovechamiento de una situación de dependencia de la víctima; modificación que se estima del todo acertada por abarcar todas las situaciones anteriores y otras que se podrían presentar. De la misma forma, se desecha la alusión al prevalimiento del estado de desamparo económico de la víctima, sustituyéndola por el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad de la misma. Tal cambio en la legislación parece más ajustada a los casos que generan la vulnerabilidad de la víctima y que no dicen directa relación con su estado económico, verbi gracia, los casos de vulnerabilidad social o cultural.

Ahora bien, en los fallos en comento, el engaño y el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad de la víctima fueron desarrollados ampliamente por parte del tribunal.

**a) El engaño:** En uno de los casos el tribunal consideró que había engaño cuando los miembros de la organización dedicada a la trata de persona creaban una falsa expectativa en la víctima acerca del trabajo que iba a ejecutar en Chile<sup>19</sup>, considerando, además, los siguientes factores:

- La oferta laboral era realizada por una persona de confianza de la víctima, lo que impedía que ésta tuviera motivos para cuestionarse lo que le ofrecían.
- El tipo de funcionamiento psicológico que presentaba la víctima, especialmente si era bajo en el área cognitiva, dificultándole un adecuado análisis y comprensión de la oferta laboral.

<sup>19</sup> Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT 199-2012, considerando 13°.

En el otro caso, pero coincidente con la sentencia anterior, el tribunal acudió al Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito que define en los siguientes términos este medio comisivo contemplado en el Protocolo de Palermo: *“crear hechos total o parcialmente falsos para hacer creer a una persona algo que no es cierto. En la trata de personas se refiere a la etapa de reclutamiento donde el tratante establece un mecanismo de acercamiento directo o indirecto con la víctima para lograr el “enganche” o aceptación de la propuesta. Esencialmente se traduce en ofertas de trabajo, noviazgo, matrimonio y en general una mejor condición de vida. De igual forma, el engaño es utilizado por el tratante para mantener a la víctima bajo su control durante la fase de traslado y posteriormente en los lugares de explotación”*<sup>20</sup>.

El tribunal sostuvo que la circunstancia de ofrecer a las víctimas sueldos que no eran reales y mejores expectativas de vida económica era utilizada por las acusadas para convencerlas a venir al país y no era un engaño que tuviera como única finalidad que se prostituyeran. El tribunal realizó una particular interpretación respecto a la forma de funcionamiento de la organización. En este sentido, el tribunal señaló que: *“Si se considera que este engaño era la forma de enganche para someter a las víctimas al comercio sexual, tendría que haber tenido como único y exclusivo propósito la prostitución, lo que no se configura pues [las víctimas] tuvieron la libertad de negarse a ello cuando la acusada se los propuso, respetando ésta tal decisión, al punto que las llevó a una casa de acogida, lugar en el que habitualmente los extranjeros obtienen trabajo, consiguiendo las afectadas ser contratadas como asesoras de casa particular,...”*<sup>21</sup>.

Más adelante el mismo fallo tuvo por acreditado el hecho que respecto a una de las víctimas, además de ser engañada y una vez en el país, se negó a ejercer la prostitución. Entonces si la mujer se negó explícitamente a ejercer el comercio sexual, la finalidad podría haber sido ingresarla al país para que se prostituyera. No obstante lo anterior, el tribunal estimó que no estaba probado el delito de trata de personas, absolviendo a los acusados por este delito.

**b) Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad de la víctima:** Este medio comisivo recogido en nuestra legislación desde el Protocolo de Palermo es definido en los Trabajos Preparatorios del citado Protocolo como *“toda situación en la que la víctima no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata”*<sup>22</sup>. En la historia de la Ley 20.507, se dejó constan-

20 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando 11°.

21 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando 11°.

22 NACIONES UNIDAS, Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la Delincuencia Transnacional sobre la labor de su período de sesiones

cia que su concurrencia debía analizarse en cada caso<sup>23</sup>. Éste es precisamente el medio comisivo que con mayor frecuencia es utilizado por los tratantes.

La vulnerabilidad puede ser de diferentes tipos:

- Económica, generada por la pobreza y la falta de oportunidades en el país de origen.
- Psicológica, que puede provocarse por un funcionamiento psicológico de la víctima por debajo de lo esperado, especialmente en el área cognitiva, con pensamiento muy concreto, con dificultades de comprensión y descendida capacidad de reflexión y análisis. Asimismo, incide la presencia de variables de personalidad como baja asertividad, tendencia a la sumisión y pasividad en relación con los otros.
- Social, determinada por la condición de inmigrante que trae consigo el abandono de la familia y la distancia física con el país de origen, la ausencia de redes sociales, el desconocimiento de la cultura, de las costumbres y de la normativa chilena, especialmente, respecto de los derechos como inmigrante<sup>24</sup>.

Este último tipo de vulnerabilidad está íntimamente relacionado con el concepto de “desarraigo” también analizado por el tribunal, que recoge la definición contenida en el Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas ya citado: *“la víctima es separada del lugar o medio donde se ha criado o habita y/o se cortan los vínculos afectivos que tiene con ellos, mediante el uso de la fuerza, la coacción o el engaño. El objetivo del desarraigo es evitar el contacto de la víctima con sus redes sociales de apoyo: familia, amistades, vecinos, a fin de provocar las condiciones de aislamiento que permiten al tratante mantener control y explotarla. El desarraigo forma parte de la fase de captación de la trata pero se materializa en el traslado de la víctima al lugar de explotación. Cuando se llega al destino final la víctima es despojada, casi en todos los casos, de sus documentos de identidad y viaje y otras pertenencias que la ligan con su identidad y lazos familiares y afectivos. Lo usual es que se vea privada de su libertad desde ese momento, pero en algunos casos se le permite comunicación con sus familiares o personas cercanas, incluso una visita ocasional pero bajo control total sobre lo que dice o hace de manera que no tenga oportunidad de comentar lo que le está pasando. Lo cierto es que los mecanismos de dominación mantienen el vínculo entre víctima y victimario. El*

primero a 11°, adición N°1, A/55/383/Add. 1, párrs. 63 a 68, C, notas interpretativas, p. 366.

23 Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, Senado, 8 de noviembre de 2010, Cuenta en Sesión 90, Legislatura 358, Historia de la Ley 20.507, p. 211.

24 En este mismo sentido, VILLACAMPA, Carolina, op. cit., p. 845.

*desarraigo siempre se mantiene en situaciones de trata, incluso la víctima lo acepta como una medida de protección a sus mismos familiares y otras personas cercanas*<sup>25</sup>.

El tribunal absolvió por el delito de trata de personas en este caso, esgrimiendo varios argumentos. Uno de ellos se refiere al hecho que las víctimas no se encontraban en una situación de desarraigo: *“toda vez que ninguna de ellas, como consecuencia del engaño de tener un buen trabajo, de ganar una excelente remuneración en este Estado, se vio sometida a condiciones de aislamiento que las mantuvieron bajo el control y explotación de alguno de los acusados, por el contrario, todas ellas mantuvieron la absoluta libertad de desplazamiento y autonomía para decidir si trabajaban en el comercio sexual o no, pues siempre pudieron optar por un trabajo como asesora en casa particular o de garzona en un restaurante, sin que en ningún caso tuviesen que laborar bajo la dominación de cualquiera de los acusados,...*<sup>26</sup>.

Respecto a la restricción de libertad, es cierto que muchas veces hay restricciones a la libertad de movimiento de las víctimas de trata de personas, a la comunicación con sus familiares o la retención de sus documentos, pero estas conductas no se dan necesariamente en todos los casos y, por cierto, no son elementos del tipo penal. Cuando se presentan, tampoco es esperable su permanencia en el tiempo, puesto que la relación entre tratante y víctima produce una dinámica que necesariamente debe entenderse desde la óptica que el tratante es para la víctima la única persona conocida o a quien puede recurrir en el país o lugar de destino.

En este mismo sentido, el tribunal estableció que las víctimas tuvieron la posibilidad de elegir, pues nunca estuvieron bajo el control o dominación o sometidas a la voluntad de la líder de la organización. Sin embargo, y como ya se describió a propósito de la finalidad, las víctimas no se prostituyeron voluntariamente sino que la acusada generó las condiciones para que éstas no tuvieran otra opción que ejercer el comercio sexual. Se configuró un engaño y un aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de las víctimas, lo que vició su consentimiento para ejercer el comercio sexual<sup>27</sup>.

25 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando 11°.

26 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando 11°.

27 El consentimiento para ejercer la prostitución es, sin lugar a dudas, un nudo crítico al abordar el delito de trata de personas, puesto que su concurrencia está cruzada por posturas que trascienden al ámbito jurídico. Desde las posturas feministas más radicales, la mujer que ejerce el comercio sexual nunca se encuentra en situación de elegir ya que nadie en uso de su libertad podría acceder a prostituirse. Desde posturas más liberales, se considera que es necesario matizar, analizando en cada caso si la mujer efectivamente estaba en situación de poder decidir si se prostituía o no. En una primera aproximación a esta problemática, consultar QUINTERO, Gonzalo. “Las normas penales españolas:

El tribunal hizo hincapié en que no bastaba con que existiera una situación de vulnerabilidad para que se tuviera por acreditado este medio comisivo, sino que resultaba indispensable acreditar que los tratantes se aprovecharon de esta situación para que se configurara el delito.

El Tribunal estimó que para acreditar estas circunstancias resultaba de extrema importancia la declaración de la víctima u otros antecedentes que permitieran probar la forma en que ésta fue engañada o que el tratante se aprovechó de su situación de vulnerabilidad. En esta misma línea, el tribunal decidió absolver aquellos casos en los que si bien se estableció la existencia de una víctima de la organización, ésta no se identificó, por estimar que las solas escuchas telefónicas no eran suficientes para probar la concurrencia del respectivo medio comisivo. Sin embargo, este aspecto fue considerado para castigar a los acusados a título de asociación ilícita.

**5) Trata interna:** El tribunal tuvo por acreditado un hecho constitutivo del delito de trata de personas interna, esto es, sin traspaso o cruce de las fronteras del país; conducta sancionada a partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.507.

En efecto, se estableció que una de las acusadas captó a la víctima cuando realizaba trámites en el Departamento de Extranjería y Migración en Santiago de Chile, intercambiando teléfonos y ofreciéndole trabajo supuestamente como mesera. Cuando la víctima quedó sin trabajo, recurrió a la acusada, quien la engañó y se aprovechó de su situación de vulnerabilidad, indicándole que trabajaría en un café. La afectada fue trasladada a la ciudad de San Antonio, lugar en la que fue recibida por otro miembro de la organización, a cargo de un local nocturno en el que fue explotada sexualmente debiendo ejercer la prostitución<sup>28</sup>.

De este modo, se aplicó por primera vez la normativa introducida por la Ley 20.507 que subsanó uno de los principales vacíos de la legislación chilena en materia de trata de personas, esto es, la persecución y sanción de la trata interna, al acreditarse cada uno de los elementos del delito descrito en el art. 411 quáter sin que se haya producido cruce de las fronteras nacionales por parte de la víctima y que tiene por fundamento el desarraigo que afectaba a la víctima. Este fue acreditado por el traslado de la víctima entre Santiago y San Antonio, sin saber ni conocer dónde quedaba esta última ciudad y sin haber salido nunca de Santiago desde que vivía en Chile. El Tribunal además tuvo

Cuestiones Generales". En: GARCIA ARAN, Mercedes (coord.), *"Trata de personas y explotación sexual"*, Granada, España, Editorial Comares, 2006, 1ª edición.

28 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando 9°.

en cuenta la afectación emocional que presentaba la víctima como consecuencia de este desarraigo.

**6) Reiteración/delito continuado:** El tribunal rechazó la alegación de la defensa por la cual solicitaba se considerara al delito de trata de personas como continuado, sosteniendo que su aplicación no era procedente por cuanto se veía afectado *“entre otros la indemnidad sexual de una persona, el cual sigue siendo un derecho personalísimo que requiere la máxima protección legal y jurisprudencial”*.

La defensa presentó un recurso de nulidad en contra del fallo<sup>29</sup>, en el que alegó nuevamente la procedencia de la institución del delito continuado respecto del delito de trata de personas. La I. Corte de Apelaciones de Santiago rechazó este recurso y señaló que: *“...En todo caso no está demás consignar que la tesis del delito continuado es una construcción doctrinaria no contemplada en nuestro derecho positivo, motivo por el que al no acoger la sentencia impugnada tal tesis, no incurrió en forma alguna en una errónea aplicación del derecho y menos aún pudo tal calificación influir sustancialmente en lo dispositivo de ella”*<sup>30</sup>.

**7) Retroactividad de la ley penal en beneficio del acusado:** En los dos fallos comentados, la fiscalía acusó por hechos cometidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.507 y con posterioridad a la misma, calificándolos como delitos del art. 367 bis inciso segundo y del delito del art. 411 quáter, respectivamente.

El tribunal resolvió que, de conformidad con lo establecido el artículo 18 del C.P., aplicando la retroactividad de la ley penal más favorable para las acusadas, siendo el marco penal a recorrer de la sanción privativa de libertad en el caso del artículo 411 quáter inferior al del artículo 367 bis del mismo cuerpo legal, correspondía aplicar el marco legal de la primera norma<sup>31</sup>.

En relación con este punto, es importante destacar que la Fiscalía calificó los hechos acontecidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.507 como delitos de trata de personas del art. 367 bis del C.P. por estimar vigente, precisamente, la norma citada. En efecto, se configura una hipótesis de ultractividad de la ley penal, pues si bien la norma en comento fue formalmente derogada, siguió rigiendo bajo la figura contenida en el artículo 411 ter del

29 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, de 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012.

30 I. Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de noviembre de 2012, Rol N°2624-2012, considerando 3°. En este mismo sentido, respecto del tipo penal contenido en el art. 177 bis del Código Penal Español: VILLACAMPA, Carolina, op. cit., p. 839.

31 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 7 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando 11°.

C.P. y también, en alguna medida en ciertas hipótesis del delito tipificado en el art. 411 quáter del mismo cuerpo legal<sup>32</sup>.

## Tráfico ilícito de migrantes

El delito de tráfico ilícito de migrantes, introducido por primera vez en la legislación chilena por la Ley 20.507, presentaba antes de su primer tratamiento en juicio oral, dudas de interpretación para los actores jurídicos. Estas decían relación en primer lugar con la armonía de estas modificaciones al Código Penal con la Ley de Extranjería. Luego el tipo penal presentaba un elemento normativo –la entrada ilegal– que había que interpretar considerando tanto la legislación interna como la internacional, las que no siempre apuntan hacia la misma dirección. Por otra parte se presentaba como bien jurídico protegido, en opinión de la doctrina, el sistema migratorio, alejándose de los bienes jurídicos personalísimos protegidos en el delito de trata de personas, ya visto con anterioridad. En último lugar se enfrentaba el problema del estatus de los sujetos traficados, ya que aquí se está ante a personas que finalmente “negociaron” su entrada al país, con un traficante que la promovió o facilitó en forma ilegal.

La causa RUC 1001114184-1 que conoció y falló el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, presentó por primera vez en Chile la hipótesis de delitos de tráfico ilícito de migrantes en un juicio oral. De los cuatro hechos consignados en la acusación como delitos de tráfico ilícito de migrantes, se condenó por dos de ellos y se absolvió en las otras dos situaciones fácticas, planteando las siguientes cuestiones interesantes vinculadas a la interpretación del tipo penal:

**1) Conducta típica. Promoción o facilitación:** El Cuarto Tribunal Oral en lo Penal indicó en este punto que, las conductas típicas de promover o facilitar se pueden describir de la siguiente forma: *“promoción debe interpretarse como la realización de cualquier acción que tienda a impulsar, inducir, impeler o inclinar a una persona para ingresar ilegalmente al país, la facilitación es dar auxilio, colaboración, ayuda o contribución para que alguien ingrese a territorio chileno en contravención a la ley”*<sup>33</sup>.

En atención a los verbos rectores del tipo penal, es importante destacar que en el análisis que hace el tribunal de los dos hechos por los que absolvió, se había acusado por este delito por tres personas que llegaron hasta el aeropuerto de Santiago de Chile y siendo entrevistados por personal contralor de la Policía

32 POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2003, Tomo I, pp. 268-269.

33 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando 9°.

de Investigaciones, no cumplieron con los requisitos para entrar al país y al no poder justificar la finalidad de turistas que declaraban, fueron reembarcados hacia República Dominicana. Ahora, ¿por qué es importante destacar esta situación? La respuesta radica en que en estos dos hechos se trataba de tres personas que no alcanzaron a ingresar al país, debido a que fueron reembarcados y las defensas argumentaron que al no haber ingresado al país no había delito de tráfico ilícito de migrantes. Aquí toma importancia la definición de los verbos rectores realizada por el tribunal, ya que los verbos rectores son promover o facilitar y no entrar, por lo tanto no se requiere efectivamente la entrada ilegal al país, sino que se requiere promover o facilitar su entrada. Tanto es así que las absoluciones de los hechos séptimos y octavo de la acusación no se basan en el argumento de la defensa, que era que no lograron entrar al país, sino que se sustenta en que no fue posible identificar sin lugar a duda razonable a estos sujetos.

**2) Calidad de no nacional o residente:** El tribunal entiende que no son nacionales de acuerdo a la Constitución, aquellos que no cumplen con ninguna de las hipótesis del artículo 10 de la misma, luego no son residentes quienes siendo extranjeros están en el país en calidad de turistas o han ingresado en contravención a la ley. Con más detalle se puede ver a quienes se consideran residentes en Chile en los artículos 19 al 33 bis de la Ley de Extranjería<sup>34</sup>. El razonamiento del tribunal en cuanto a que los no residentes necesariamente serían quienes vienen de turistas o están en el país en forma ilegal es correcto, ya que todo aquel que quiera venir a estudiar, trabajar, a refugiarse o haciendo uso del derecho de asilo político, debe tener la visa correspondiente antes de su entrada al país, según lo dispone la Ley de Extranjería.

**3) Elemento subjetivo. Ánimo de lucro:** En la conducta del sujeto activo, este tipo penal exige además del dolo de todo delito, el ánimo de lucro, entendido por el tribunal como: *“la intención de lograr cualquier clase de ventaja, provecho, beneficio o ganancia de contenido patrimonial”*<sup>35</sup>. Este ánimo fue latamente probado en el juicio y quedó establecido sin lugar a duda razonable para el tribunal. Para ello se contó con conversaciones telefónicas entre las acusadas en las que indicaban que cobraban 700 dólares por entrar ciudadanos dominicanos a Chile y 1.300 dólares si es que era con visa. Los sujetos traficados declararon en el juicio y también indicaron las sumas de dinero que tuvieron que pagar, detallando cómo habían obtenido ese dinero, a quién y cuándo lo pagaron.

Es importante destacar que los acusados declararon tanto ante la Fiscalía como en sede judicial, indicando siempre que su motivación era ayudar al pró-

34 Tipos de residencia según la Ley de Extranjería: residente oficial, sujeto a contrato, estudiante, temporario, con asilo político o refugiado.

35 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando 9°.

jimo, dando ayuda y apoyo a sus connacionales en su llegada a Chile, negando siempre el ánimo de lucro, el que quedó establecido con las pruebas presentadas en el juicio por la Fiscalía.

El ánimo de lucro implica el querer obtener una ventaja de tipo patrimonial, pero no es necesario que esa ventaja se concrete para que se tenga por acreditado el mismo, porque ánimo de lucro no es lo mismo que enriquecimiento. Pues bien, ese ánimo, fue probado a partir de las propias conversaciones de los acusados, de los envíos de dinero y de las declaraciones de los sujetos traficados.

**4) Elemento normativo:** La entrada ilegal exigida por el tipo penal fue interpretada por el tribunal de acuerdo a lo establecido en el Protocolo de Palermo, norma inspiradora de la Ley 20.507, en este sentido indicó: *“por entrada ilegal se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente al Estado receptor”*<sup>36</sup>.

El tribunal señaló que los dos sujetos que ingresaron al país en los hechos por los cuales se condenó por tráfico ilícito de migrantes, lo hicieron engañando al personal contralor del aeropuerto, dado que su finalidad era venir a trabajar a Chile y por instrucciones de la líder de la organización indicaron a los funcionarios que su finalidad era de turismo, llenando de tal forma la tarjeta migratoria y otorgando antecedentes falsos acerca de dónde iban a alojarse, lugares que visitarían y dinero que traían para conocer Chile. Así el tribunal señaló en la sentencia: *“En tal sentido R.P.D. y J.R.C. ingresaron ilegalmente a Chile, toda vez que para entrar al Estado señalaron al personal de Control Migratorio del Aeropuerto que venían como turistas, portando dinero suficiente para vacacionar en Chile, siendo su real motivación la de trabajar en esta nación, a fin de obtener una mejoría en su situación económica. De esta manera, ambos entraron “engañando” al personal contralor de migración, al realizar una declaración falsa del motivo que los trajo a esta República, vulnerando el sistema migratorio nacional”*<sup>37</sup>.

Una de las dudas que generaba la Ley 20.507 decía relación con la armonía de sus disposiciones con la Ley de Extranjería, dentro de ello justamente la relación entre la entrada ilegal como elemento normativo del tipo penal de tráfico ilícito de migrantes y el delito de entrada ilegal contemplado en los artículos 68 y 69 de la Ley de Extranjería, el tribunal lo resolvió de la siguiente manera, dando plena armonía a ambas disposiciones: *“No hay en tal conducta una infracción a la Ley de Extranjería y su Reglamento, en razón de que ambas personas cumplieron formalmente con los requisitos para ingresar a Chile,*

36 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando 9°.

37 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando 9°.

*produciéndose la ilegalidad precisamente al indicar un motivo de ingreso distinto al real que los inspiraba, vulnerando con ello, como ya se dijo, el sistema migratorio de este país*<sup>38</sup>.

Con esta interpretación se aclara que finalmente la entrada ilegal como elemento normativo del tipo penal se refiere a la falta de requisitos legales para entrar a un país, como por ejemplo en Chile a las personas que vienen a trabajar se les exige visa sujeta a contrato de trabajo y a las que vienen de turistas se les entrega una tarjeta migratoria por un plazo determinado en el cual se estima que estarán desarrollando actividades propias de turismo, y a pesar de que alguien que ingresa a Chile como turista puede mutar su estatus a residente sujeto a contrato, esto no implica que las normas hayan sido dictadas para vulnerarlas y que todo aquel que quiera venir a trabajar a Chile pueda entrar declarando una finalidad falsa de turismo para luego mutarla estando ya dentro del país.

Se debe declarar la finalidad real al funcionario contralor para cumplir con la normativa nacional; lo que difiere del delito de entrada ilegal contemplado en la Ley de Extranjería, donde se requiere para cumplir el tipo penal que la entrada se realice en forma clandestina o con documentación falsa.

Siendo ambos conceptos distintos, una persona puede ingresar en forma ilegal previo acuerdo con un traficante de migrantes y no cometer al mismo tiempo el delito de entrada ilegal, dependiendo de la forma en que ingresó. Si ingresó engañando al funcionario contralor no comete a su vez el delito de la Ley de Extranjería, como en el caso analizado, pero si entra por paso clandestino o con documentación falsa se está ante un sujeto traficado que a la vez podría cometer el delito del artículo 68 ó 69 de la Ley de Extranjería; situación que hasta el momento no ha sido conocida ni fallada por un Tribunal Oral en lo Penal en Chile.

### **Asociación ilícita para la comisión de delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas**

La Ley 20.507 introdujo el artículo 411 quinquies que castiga a los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos anteriores, por ese solo hecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 292 y siguientes del Código Penal, esto es, como autores del delito de asociación ilícita.

La Ley 20.507 no entrega un nuevo tipo penal de asociación ilícita, el artículo 411 quinquies es más bien un recordatorio del legislador en el sentido que este tipo de delitos (Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes) frecuente-

38 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando 9°.

mente se cometen por grupos organizados, y esto debe ser sancionado con los tipos penales que indican las normas penales, esto es, como asociación ilícita para cometer justamente estos delitos.

Durante el segundo semestre del año 2012 se condenó en dos causas por el delito de asociación ilícita para la trata y el tráfico ilícito de migrantes. En la causa RUC 1001114184-1 se consideró como apropiada la definición de organización criminal de la Convención de Palermo, esto es: *“un grupo estructurado de tres o más personas que existe durante cierto tiempo y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”*<sup>39</sup>. En la causa RUC 1100440193-1 se fijó como definición la siguiente: *“unión de dos o más personas (pluralidad) que con una voluntad común, dotados de una organización jerárquica, teniendo por finalidad la comisión de crímenes de trata de personas, ilícito que se encuentra establecido para reprimir el derecho de asociación sin permiso previo que establece el artículo 19 número 15 de la Constitución Política de la República”*<sup>40</sup>.

Se analizarán los elementos del tipo penal considerados como probados en las dos causas, para tener una visión conjunta de cómo los tribunales están recogiendo el llamado del legislador a sancionar por los artículos 411 quinquies y 292 del Código Penal.

**1) Pluralidad de personas:** En ambos casos se estableció que actuaron organizadas más de dos personas; en el RIT 199-2012 se trató de cuatro personas, que organizadas bajo el mando de una líder se dedicaban a la trata de personas para fines de explotación sexual. El tribunal en este caso puso énfasis en que la pluralidad de personas se presentaba desde dos personas; en cambio en el RIT 287-2012 al utilizar la definición de la Convención de Palermo el énfasis estuvo en que la pluralidad de personas se constituía desde tres personas. En este caso se condenó a cuatro personas también por asociación ilícita, así que estimando que la pluralidad se da desde dos o tres personas se estaba igualmente cumpliendo este elemento del tipo penal.

**2) Organización:** En este punto en la causa RIT 199-2012 se estableció como un solo punto la pluralidad de personas sumada a que ésta tenga una forma de organización. En este caso se trató de cuatro personas organizadas bajo el mando de una líder, en donde dos personas se encargaban en distintas ciudades del país de la distribución y efectiva prostitución de las víctimas y una cuarta, desde un eslabón bastante más bajo de la cadena, vigilaba en el local

39 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando 14°.

40 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 07 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando 10°.

“El Sol” de la ciudad de San Antonio. Esta sentencia reafirmó la idea que no es necesario que los miembros de la organización se conozcan entre sí, sostuvo el tribunal que: *“no es necesario que todos los miembros se conozcan –punto levantado por las defensas– pues aquello permite que un miembro pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el objetivo del grupo”*<sup>41</sup>.

En la sentencia del RIT 287-2012 el tribunal estimó que la organización es un punto aparte de la pluralidad de personas, y lo describió de la siguiente forma: *“se da una relación jerárquica entre los integrantes, en que unas personas asumen mayor responsabilidad, encargadas de dar las órdenes o dirigir las acciones que otras ejecutan, distribución de funciones que trae como resultado para la asociación que la función realizada por algún integrante pueda ser reemplazada por otro”*<sup>42</sup>. En este caso se trató de cuatro personas organizadas para cometer los ilícitos de tráfico de migrantes, lideradas por una mujer quien develaba su rol de líder al ser ella quien organizaba los viajes de los sujetos al país, decía cuánto se cobraba, y por sobre todo, para probar este liderazgo, fue fundamental acreditar la cantidad de dinero que ella envió a su país de origen, superando a lo enviado por los demás miembros de la organización. También aquí el tribunal destacó que no es necesario el conocimiento entre todos los miembros de la asociación.

**3) Persecución de un fin común:** Ambas sentencias indican la persecución de un fin común como un elemento del tipo penal sancionado; en un caso, el fin común era la trata de personas para fines de explotación sexual y en el otro el tráfico ilícito de migrantes. Las dos sentencias enfatizan el conocimiento de todos los integrantes de la asociación acerca del delito que era parte de su plan criminal. Fueron pruebas relevantes para establecer el conocimiento de los miembros de la organización las grabaciones de llamadas telefónicas, en las que los integrantes conversaban acerca de los viajes a Chile de las víctimas en el caso de la trata, y de los sujetos en el caso del tráfico, la prueba documental que dio cuenta de sus entradas al país, del dinero que las organizaciones enviaron a su país de origen, las declaraciones de funcionarios y de las propias víctimas y sujetos traficados.

**4) Estabilidad o permanencia en el tiempo:** Los fallos ya citados indican como elemento del tipo penal acreditado en los juicios la estabilidad o permanencia en el tiempo, para ello se da por probado que las organizaciones venían operando a lo menos desde el año 2010 hasta la fecha de las detenciones que en ambos casos fue el 25 de mayo de 2011. En este sentido, fueron relevantes las investigaciones patrimoniales que incluyeron información de los envíos de dinero que realizaban estas organizaciones desde Chile a República Domini-

41 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 07 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando 10°.

42 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando 14°.

cana desde el año 2010. Además ambas sentencias destacaron que, a pesar de que antes del 8 de abril del año 2011 los delitos por los que se estaba sancionando a las organizaciones no estaban tipificados en el Código Penal, se presentaron antecedentes que daban cuenta de que estas organizaciones operaban desde el año 2010, lo que justamente acreditaba su estabilidad o permanencia en el tiempo, necesaria para la configuración del delito de asociación ilícita.

**5) Bien jurídico:** En este punto las sentencias se alejan, ya que la sentencia del RIT 199-2012 indicó que el bien jurídico protegido por este delito era: *“en cuanto al bien jurídico se estima que es el propio poder del Estado, esto es, se compromete su primacía jurídica como institución jurídica y política por la mera existencia de una organización o institución que posee fines ilícitos, bien que con el actuar de los acusados se ve afectado”*<sup>43</sup>.

Por su parte la sentencia del RIT 287-2012 indicó que el bien jurídico protegido y vulnerado por la organización criminal fue el sistema migratorio chileno, equiparando el bien jurídico de la asociación al del delito del plan criminal, en este caso al bien jurídico del delito de tráfico ilícito de migrantes.

## A modo de reflexión

Finalmente, algunos comentarios respecto de los fallos analizados.

No se puede dejar de mencionar las dificultades que resulta necesario enfrentar en la investigación y luego en los juicios orales por este tipo de ilícitos tales como la invisibilización del problema, la creencia de que este tipo de hechos no ocurren en Chile, el desconocimiento del perfil de las víctimas y de la relación que se genera entre tratantes y víctimas, así como la incompreensión acerca de la fenomenología del delito en general.

En este contexto, entre los operadores jurídicos son habituales diversos prejuicios que se traducen en frases como: “Si se prostituyó fue porque quiso” o, “Ella sabía a lo que venía”.

A estos inconvenientes, se agrega el hecho que la prostitución es una actividad lícita en Chile y que no se sanciona a las personas que, con ánimo de lucro facilitan la prostitución de otras, salvo que sean menores de edad. Lo anterior provoca una confusión al momento de diferenciar cuándo se está ante trabajadoras sexuales y cuándo ante víctimas de explotación sexual.

Por otra parte el delito de tráfico ilícito de migrantes al ser un tipo penal nuevo en Chile, presentaba dudas de interpretación, que se han ido subsanando con fallos como el analizado, en donde en un juicio oral se definieron términos

43 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 07 de septiembre de 2012, RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012, considerando 10°.

problemáticos como por ejemplo la entrada ilegal, dando por sentado que aquella existe cuando se señala una finalidad de turismo que no se tiene, encubriendo una inmigración ilegal, conforme a un plan o decisión previa.

En ambos casos las investigaciones de carácter patrimonial fueron muy importantes al probar las asociaciones ilícitas, dadas las transacciones económicas entre los miembros de las organizaciones y la cantidad de dinero por ellos enviada al extranjero.

Es destacable, además, la sanción a título de asociación ilícita de las organizaciones criminales que operaban en estos casos, considerando la escasa jurisprudencia que existe sobre el particular.

Los fallos comentados representan las primeras aplicaciones de los delitos contemplados en la Ley 20.507 y, sin lugar a dudas, su desarrollo jurisprudencial irá decantando, poco a poco, a medida que el Ministerio Público vaya llevando a juicio oral estos casos que muestran las nuevas formas de criminalidad presentes en las sociedades de un mundo globalizado.

## CONCEPTO DE PATRIMONIO Y CONTENIDO DEL ELEMENTO PERJUICIO EN EL DELITO DE OTORGAMIENTO DE CONTRATO SIMULADO: COMENTARIO SENTENCIA CASO INVERLINK, DICTADA POR LA EXCMA. CORTE SUPREMA CON FECHA 14 DE DICIEMBRE DE 2012

*Verónica Rosenblut Gorodinsky<sup>1</sup>*

---

### I. Hechos

Eduardo Monasterio Lara, en el contexto de la causa por los delitos de malversación de caudales públicos, estafas, soborno y otros, que era seguida en su contra ante el 2° Juzgado del Crimen de Santiago, conocida como Corfo-Inverlink, vendió junto a su cónyuge, Eliana Neumann Hitschfeld, el día 8 de octubre de 2003, un inmueble de propiedad de ambos en partes iguales, ubicado en calle Las Garzas N°277, sitio 48-A, manzana C, del conjunto habitacional “Las Brisas de Santo Domingo”, a la cónyuge del hermano de esta última, María del Pilar Sabugo Canseco, por el precio de \$52.000.000, pagado con un cheque de la compradora que se presentó a cobro el 25 de noviembre siguiente.

El referido bien raíz había sido adquirido por el matrimonio Monasterio Neumann el 18 de noviembre de 2002 a la sociedad “C.R. Inmobiliaria S.A.” en \$166.512.500 y en su enajenación a María del Pilar Sabugo en octubre de 2003, celebrada por escritura pública suscrita ante el notario de La Florida señor Sergio Leñero González, el imputado Monasterio aparece domiciliado temporalmente en el anexo cárcel Capuchinos.

En las cláusulas sexta y séptima de la escritura de compraventa, los comparecientes aceptan de Sabugo como pago del precio convenido un cheque de su cuenta corriente del Banco Santander al 20 de noviembre de 2003, a la orden de Neumann, quien lo recibe a su entera conformidad, renunciando los vendedores en forma expresa a la eventual acción resolutoria que pudiere emanar del contrato, pese a no haber sido presentado a cobro sino días después.

A raíz de dicha enajenación –realizada en un precio inferior a un tercio del valor de adquisición, muy menor a la tasación fiscal y sólo meses después de su compra, a un familiar muy cercano, la cónyuge del hermano de la copropietaria–, la empresa querellante Corfo, se habría visto impedida de embargar el referido inmueble como forma de asegurar el futuro pago de una parte de

---

1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

aquellas sumas que el Tribunal del Crimen tuviera a bien fijar por concepto de indemnización de perjuicios en caso de que resolviera acoger la demanda deducida por la querellante en su libelo, tal como había ocurrido con aquellos bienes de propiedad del señor Monasterio, que habiendo sido individualizados por la propia Corporación, ya se encontraban embargados.

Puestos estos hechos en conocimiento de la justicia penal, en los autos Rol N°74376-2005, del Vigésimo Séptimo Juzgado del Crimen de Santiago, por sentencia de veinte de enero de dos mil once, se absolvió a Eduardo David Monasterio Lara, a Eliana Neumann Hitschfeld y a María del Pilar Sabugo Canseco de los cargos que les fueran formulados como autores del delito de celebración de contrato simulado en perjuicio de terceros, previsto y sancionado en el artículo 471 N°2 del Código Penal, por los hechos acaecidos en la ciudad de Santiago el 8 de octubre de 2003, rechazándose además la demanda de indemnización de perjuicios deducida por la querellante Corporación de Fomento de la Producción, sin costas, por haber tenido motivo plausible para litigar.

Apelado dicho pronunciamiento por la parte querellante, la I. Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de veintiocho de diciembre de dos mil once, lo revocó, declarando en cambio que se condenaba a los acusados como autores del delito de simulación de contrato en perjuicio de la Corporación de Fomento de la Producción, imponiendo a Monasterio Lara la pena de cuatrocientos días de reclusión menor en su grado mínimo, y a las encausadas Neumann Hitschfeld y Sabugo Canseco, doscientos días de reclusión menor en su grado mínimo. A todos se impusieron además las accesorias de suspensión de cargo u oficio público mientras duren sus condenas más el pago de las costas de la causa, otorgándoles el beneficio de la remisión condicional de la pena. Por su fracción civil se acogió la demanda de la querellante deducida en contra de los tres enjuiciados, sólo en cuanto se los condenó a pagar solidariamente a la actora, como indemnización de los perjuicios irrogados, la cantidad equivalente a cinco mil unidades de fomento.

Para fundar su decisión, la I. Corte señaló en el considerando 4° de la sentencia, *“4° Que, sin embargo, en la relación de los hechos, se advierten los elementos propios del ilícito contemplado en el artículo 471 N°2 del Código Penal, esto es, la apariencia de voluntad manifestada por los contratantes, que se infiere de la situación por la que pasaba el imputado Monasterio, quien había declarado como propio un inmueble ubicado en Las Rocas de Santo Domingo ante el juez de la causa seguida en su contra por delitos de cuantía superior a los \$80.000.000.000 y que luego enajena en conjunto con su mujer, propietaria por partes iguales, en un precio inferior a un tercio del valor de adquisición, muy menor a la tasación fiscal y solo meses después de su compra, a un familiar muy cercano, la cónyuge del hermano de la copropietaria, quien estaba al tanto de los ilícitos atribuidos a su cuñado según aparece de sus declaraciones”*, agregando en el mismo considerando

que, por un lado, *“La expresa renuncia a toda acción revocatoria por parte de los vendedores –en tanto– pese a que su pago se materializó con un cheque, sin las garantías ni resguardos que se acostumbra en este tipo de compromisos y cobrado en días posteriores, hacen fuerza en igual sentido. Este concierto de voluntades que no aparece real frente a los acontecimientos que se han descrito y que afectan al imputado Monasterio durante su prisión preventiva, necesariamente iban dirigidas a sustraer de su patrimonio un bien valioso en el que la querellante pudiera hacer efectiva en parte la responsabilidad pecuniaria proveniente de los graves ilícitos atribuidos”,* y por otro, en el considerando 5°, *“Que la omisión del embargo del bien raíz admitido como propio ante el juez de la causa por delitos de malversación de caudales públicos, estafas y otros, que permitió a los contratantes la celebración de la compraventa, no puede validar el acto jurídico que en apariencia realizaron los contratantes, toda vez que de los antecedentes examinados aparece de manifiesto la voluntad de sustraerlo del patrimonio en la parte que correspondía al encausado, en perjuicio de la querellante”.*

Contra la anterior decisión, los abogados de los querellados dedujeron sendos recursos de casación en el fondo, los que fueron resueltos por la Excm. Corte Suprema mediante fallo pronunciado con fecha catorce de diciembre de dos mil doce, rechazándolos y quedando en consecuencia a firme la condena que les había sido impuesta por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, como autores del referido delito de celebración de contrato simulado, por considerar en lo sustancial, que no habrían existido las infracciones a las leyes reguladoras de la prueba denunciadas por los querellados, esto es, la alegación de que mientras la sentencia de primer grado con acierto consignaba que el contrato de compraventa dubitado había sido suscrito conforme a derecho sin advertir divergencia alguna entre la voluntad real y la declarada por los comparecientes, y que la efectiva producción de un perjuicio en otro, no había sido acreditado, toda vez que los intereses patrimoniales de la querellante habrían sido efectivamente cautelados y no se habrían visto afectados en los términos exigidos por la norma que sanciona el delito; el tribunal de alzada, habría sin embargo revocado ese fallo y condenado a sus mandantes en virtud de presunciones sin sustento procesal ni penal, declarando la simulación de un contrato de compraventa sin entregar los antecedentes de hecho y de derecho que pudieran acreditar los perjuicios ocasionados al querellante, y sin contar con elementos de prueba que hayan permitido al tribunal arribar a la conclusión de que realmente existió un hecho punible y una intervención culpable en él.

Por el contrario, en concepto de la Corte, *“los acontecimientos irrevocablemente fijados en la decisión de alzada dan cuenta de la perpetración de un delito que se subsume plenamente dentro de la figura del otorgamiento de contrato simulado, toda vez que concurren en ellos todas las exigencias del tipo precedentemente analizado, de modo que esta Corte de casación coincide con los sentenciadores de la alzada, en orden a que los elementos propios del artículo 471 N°2 del Código Penal se han comprobado legalmente, de suerte que no se observa desconocimiento a las normas*

*substantivas que se reclaman, por lo que se desestimarán los libelos impugnatorios sustentados en el artículo 546 N°3 del Código de Procedimiento Penal”.*

## II. Comentarios

### 1. Generalidades en cuanto a la estructura del delito del artículo 471 N°2 del Código Penal

Antes de abocarnos al análisis del contenido del perjuicio como elemento típico del delito de otorgamiento de contrato simulado, comenzaremos señalando desde una perspectiva general, que esta figura es concebida por la mayoría de la doctrina como una figura de fraude impropio, esto es, un ilícito penal que ha sido incluido por el legislador dentro del párrafo de las “estafas y otros engaños”, aun cuando en ella no encontramos ni el engaño ni el abuso de confianza propios de toda defraudación. Así, de acuerdo con lo señalado por nuestro máximo tribunal en el fallo en cuestión, *“La inclusión de este precepto entre las estafas sólo puede comprenderse si se considera que el otorgamiento del contrato simulado es una conducta engañosa que de algún modo va dirigida a alguien (‘otro’), ajeno a los contratantes, que, fiado en la apariencia contractual, realice una disposición patrimonial que le perjudique”* (Francisco Muñoz Conde: *“Derecho Penal, Parte Especial”*, Editorial Tirant Lo Blanch, décimo primera edición, Valencia, año mil novecientos noventa y seis, página 374). *Como se observa, lo único que varía aquí respecto del tipo base de estafa es el medio por el que se fragua el engaño: el otorgamiento del contrato simulado. Se trata de una modalidad de estafa (Edgardo Alberto Donna: “Delitos contra la Propiedad”, Rubinzal – Culzoni Editores, segunda edición actualizada, Santa Fe, año dos mil ocho, página 459). De suerte tal que esta descripción normativa constituye una variante del delito de estafa, que en el derecho hispano denominan como estafa documental (Sentencias del Tribunal Supremo español N°1348/2002, de dieciocho de julio y N°1590/2003, de veintitrés de abril, por ejemplo)”*<sup>2</sup>.

Describiendo ahora el delito, el fallo en comento señala, en su considerando DÉCIMO TERCERO, *“ Que el injusto de marras, es una figura anómala que comprende dos delitos de caracterización y naturaleza jurídica distinta, “en el que la simulación, provocando un error en la víctima, determina su disposición, y otro, en el que, dándose luego de tal disposición, o sin que la haya habido, y sin haber influido ni podido influir en ella, origina un estado de cosas que hace imposible la exigencia eficaz del cumplimiento de una obligación civil, en ambos con perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo. El primero reúne todos los elementos y constituye una modalidad de la estafa; el segundo es una defraudación también por engaño, pero distinta de la estafa, por no ser aquél determinante del obrar de la víctima, nocivo para sus*

<sup>2</sup> Considerando décimo tercero.

*proprios intereses patrimoniales o los de un tercero” (Manuel de Rivacoba y Rivacoba: “El Delito de Contrato Simulado”, Editorial Jurídica ConoSur Limitada, primera edición, Santiago, año mil novecientos noventa y dos, páginas 60 y 61)”.*

En efecto, la conducta típica consiste aquí, en concepto de la doctrina, en el otorgamiento de un contrato simulado, esto es, en la celebración de un contrato mendaz, cuyo contenido declarado difiere de la verdadera voluntad de los contratantes, capaz de inducir a error a otro desconocedor de esa verdadera voluntad y de provocarle un perjuicio<sup>3</sup>.

En definitiva, mediante un contrato simulado se trata sólo de crear una apariencia de negocio jurídico que en realidad no existe o es diferente, pero sin que las partes busquen provocar un error en nadie en particular, ni determinar a través del mismo una disposición patrimonial. Se busca solamente la creación de un aparato externo que justifique una situación que se desea mantener oculta o cuyos efectos se quieren evitar<sup>4</sup>. Sin embargo, para que efectivamente nos encontremos frente a un contrato simulado, se requiere además de la creación de la apariencia de un determinado acto jurídico distinto al que las partes efectivamente han deseado realizar, que el contrato fingido se otorgue con los requisitos y solemnidades propios de la naturaleza del acto que se simula celebrar y que en él se haga una declaración de voluntad no real, conscientemente y de concierto por las partes.

Desarrollando estos conceptos, la Excma. Corte Suprema señala en el fallo en análisis, que *“El tipo criminal en cuestión se puede definir como “la declaración de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre dos o más personas, para provocar con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es diferente de aquel que realmente se ha llevado a cabo”. En la celebración de contrato simulado “no se finge otorgar uno, sino que se lo hace efectivamente, creando así la apariencia de un acto jurídico cuando en realidad no ha existido ninguno, o bien creando la apariencia de un acto jurídico determinado cuando en realidad las partes han entendido celebrar otro; para lo cual, precisamente, es necesario que el contrato fingido se otorgue con los requisitos y solemnidades propios de la naturaleza del acto que se simula celebrar, y que se haga una declaración de voluntad no real, conscientemente y de concierto por los contratantes” (SCS, de cuatro de enero de dos mil, Rol N°1.380-99. En el mismo sentido, SCS, de diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y nueve, Rol N°3.289 – 99 y veinticuatro de marzo de dos mil nueve, Rol N°649-08). La simulación aparece así como un medio fraguado por las partes con la intención precisa de perjudicar a un tercero ajeno al contrato”<sup>5</sup>.*

3 POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *“Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 462.

4 ETCHEBERRY, Alfredo, *“Derecho Penal, Parte Especial”*, Tomo III, Santiago, 1997, p. 442.

5 Considerando décimo quinto.

En cuanto al sujeto activo de este delito, nos encontramos aquí frente a una figura de aquellas que la doctrina conoce con el adjetivo de “participación necesaria”, ya que para se verifique este delito, se requiere necesariamente que al menos dos personas, los otorgantes del contrato, compartan la calidad de coautores, ya que si uno de ellos resulta engañado, en rigor nunca otorgó el contrato simulado y estaríamos por tanto ante un delito de estafa cometido en su contra.

En el mismo sentido, el fallo en análisis expresa que *“Que en cuanto a los elementos del tipo con exactitud la jurisprudencia ha determinado que “se cree la apariencia de un acto cuando no ha existido ninguno, y la concurrencia de dos sujetos a lo menos que, con dolo, ejecuten una maquinación fraudulenta destinada a causar perjuicios a terceros” (SCS, de cuatro de abril de mil novecientos ochenta y nueve, Rol N°7.605)”*<sup>6</sup>.

En relación con la naturaleza de este delito, en la medida en que el tipo penal requiere de la producción de un perjuicio, podemos decir que nos encontramos frente a un delito de resultado, por cuanto se exige la causación de un resultado que es separable espacio-temporalmente de la conducta típica<sup>7</sup>. De la misma forma puede establecerse que nos encontramos frente a un delito de lesión, en la medida en que el tipo penal al exigir el perjuicio está haciendo referencia a la necesidad de que se produzca una efectiva lesión del bien jurídico protegido.

En efecto, puesto que la simulación contractual no es en sí misma ilícita ni punible, por cuanto los ciudadanos no tienen la obligación general de decir siempre la verdad, para que sea punible se requiere que ella cause perjuicio a tercero consistente en la lesión de un derecho efectivamente existente, real o personal, de que es titular un tercero, por cuanto en este delito el bien jurídico protegido es el patrimonio o los derechos patrimoniales de quienes resultan perjudicados con el otorgamiento del contrato simulado.

Refiriéndose a este punto, la Excm. Corte señala en su sentencia, que *“En definitiva, “el delito contemplado en el N°2° del artículo 471 del Código Penal, para su configuración precisa no sólo del otorgamiento de un contrato simulado, sino que también debe originarse como consecuencia de dicho acto un perjuicio patrimonial a terceros...” (SCS, de treinta de abril de mil novecientos noventa y seis, Rol N°32.224)”*<sup>8</sup>.

6 Considerando décimo cuarto.

7 MIR PUIG, Santiago, *“Derecho Penal, Parte General”*, Barcelona, 2002, Editorial Reppertor, p. 219.

8 Ob. cit. 5.

Ahora bien, sin perjuicio de que existe discusión en la doctrina nacional en relación con la naturaleza jurídica que debe atribuirse a dicho perjuicio, en el sentido de si debe ser considerado un elemento del tipo penal<sup>9</sup> o bien una condición objetiva de punibilidad<sup>10</sup>, lo que desde luego acarrea consecuencias distintas a la hora de concebir fases imperfectas de ejecución del delito y de determinar su punibilidad, lo cierto es que por aplicación del principio de lesividad, lo que sí resulta claro es que en uno y otro caso se requerirá de una efectiva lesión o al menos de una efectiva puesta en peligro de dicho bien jurídico.

Por último, y terminando con el análisis de la estructura del tipo penal del delito en comento, señalaremos que en cuanto a su faz subjetiva es necesario que los sujetos que celebran el contrato actúen con dolo directo, lo que implica que los autores no sólo tengan conocimiento de la mendacidad del contrato sino de que con él se irrogará un perjuicio a un tercero<sup>11</sup>.

## 2. Contenido del perjuicio en el delito de otorgamiento de contrato simulado como consecuencia del concepto de patrimonio

Tal como se mencionó en el apartado anterior, a la hora de analizar la estructura típica de este delito, la doctrina nacional tradicionalmente ha dejado en evidencia la discusión existente en cuanto a la naturaleza jurídica que debe concederse al perjuicio en relación con la configuración del tipo penal, vale decir, si se trata de un elemento integrante del tipo necesario para su consumación, o bien, constituye una de las denominadas condiciones objetivas de punibilidad, esto es, una circunstancia, independiente de la voluntad del agente, a cuya concurrencia el legislador condiciona la imposición de la pena<sup>12</sup>, y cuya ausencia no impide de modo alguno la consumación del delito.

Si bien esta discusión resulta importante en tanto afecta la posibilidad de admitir la sanción del delito en fases imperfectas de ejecución y condiciona la amplitud que debe darse al dolo del agente, señalaremos simplemente y con la finalidad de avanzar en el análisis del contenido del perjuicio, que tomando en consideración lo señalado por la doctrina nacional, en orden a que resulta por una parte dudoso que en nuestra legislación existan casos perfectos de condiciones objetivas de punibilidad<sup>13</sup>, y a que por otra, sólo de forma excepcional encontramos en nuestro derecho algunas descripciones legales que contienen

9 En este sentido ETCHEBERRY y GARRIDO MONTT, entre otros.

10 En este sentido POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ.

11 Siempre que el perjuicio se considere un elemento del tipo ya que como se sabe, las condiciones objetivas de punibilidad no requieren ser abarcadas por el dolo.

12 CURY URZÚA, Enrique, *"Derecho Penal Parte General"*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005, p. 348.

13 ETCHEBERRY, ob. cit., pp. 12 y ss.

este instituto, por cuanto éstas encontrarían su fundamento en restricciones a la punibilidad de hechos determinados en virtud de criterios político criminales, se estima, en el mismo sentido que parece considerarlo la sentencia de la Excma. Corte Suprema que se ha venido comentando, cuando en su considerando DECIMO QUINTO señala que “*En lo atinente al segundo de los elementos del tipo penal cuya concurrencia también se cuestiona, esto es, el perjuicio*”, aquél constituiría un elemento integrante del referido delito, y no una condición objetiva de punibilidad.

Abordando ahora el punto central de este artículo, cual es, la determinación del contenido o significado que debe atribuirse al elemento perjuicio al interior de la estructura típica del delito contemplado en el artículo 471 N°2 C.P., y teniendo claro que en cualquier caso, aquél debe ser consecuencia de la celebración del contrato simulado; la determinación del alcance que resuelva darse a dicho elemento permitirá distinguir entre todas las consecuencias que derivan de la celebración del contrato simulado, aquellas que efectivamente pueden ser calificadas jurídico-penalmente como *perjuicios*, de aquellas que carecen de tal carácter y cuya producción por el contrato simulado no puede ser objeto de reproche penal.

En cuanto a la discusión doctrinaria que se ha dado al respecto podemos señalar que, si bien existiría cierto consenso en la doctrina nacional en orden a que en materia de fraudes los perjuicios se circunscriben exclusivamente al ámbito patrimonial<sup>14 15</sup>, la discusión radica en el mayor o menor alcance que tendría para efectos penales el término *patrimonio*, moviéndose en este sentido la discusión fundamentalmente en torno a dos posiciones distintas.

Para la primera y más antigua de ellas, la denominada concepción jurídica del patrimonio, defendida en Alemania a fines del siglo XIX e inicios del siglo XX por Binding y Merkel, dada la concepción accesoria del derecho penal sostenida por el primero de dichos autores, en su estado puro, esta teoría implica entender integrado el patrimonio de un sujeto por la suma de todos sus derechos y deberes patrimoniales reconocidos por el derecho privado o incluso por el derecho público, de modo tal que no puede haber estafa sin que se determine la existencia de un derecho previo sobre el elemento patrimonial en cuestión; “*donde no existe ningún derecho no puede haber estafa*”<sup>16</sup>.

En el mismo sentido nuestra doctrina ha sostenido, explicando dicha concepción, que el término *patrimonio* debe entenderse en su concepto jurídico como

14 POLITOFF, ob. cit., p. 413.

15 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 399.

16 GALLEGO SOLER, José Ignacio, “*Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 113.

el conjunto derechos y obligaciones de una persona<sup>17</sup>, señalando como una de sus más importantes consecuencias, que sólo la lesión a estos podría ser calificada como un *perjuicio* (comprensión inventariable del patrimonio<sup>18</sup>) y que por lo mismo no formarían parte de él, quedando excluidos de protección penal, otros objetos jurídicos, como las meras expectativas<sup>19</sup>, es decir, como precisa la doctrina española, *las expectativas de derechos, los bienes detentados sin protección del ordenamiento jurídico o los negocios con causa ilícita*<sup>20</sup>.

Las principales críticas que tanto en nuestro país como en derecho comparado se han formulado a esta concepción, derivan fundamentalmente del hecho que se estima que esta teoría dispensa a la vez una protección muy amplia y muy restringida del patrimonio, en la medida que mientras protege derechos que se detentan sobre objetos carentes de valor económico, no otorga protección frente a situaciones económicamente relevantes pero desprovistas de la consideración de derecho subjetivo, como la posesión, las expectativas y otras, sin considerar además la dificultad que existe en comprender lo que debe entenderse por derechos subjetivos patrimoniales, y los efectos que ello genera; excluyendo la posibilidad de aceptar compensaciones, ya que pese a existir un equivalente económico a la prestación realizada, seguirá existiendo un perjuicio patrimonial; dejando entregada en gran medida la determinación de la existencia de ese perjuicio a la voluntad del titular, esto es, a si acepta o no la contraprestación ofrecida y distinta a la pactada; e impidiendo por último que pueda graduarse la gravedad del delito en función del valor económico de la cosa lesionada, porque todos los derechos que integran el patrimonio, en cuanto tales, tendrían el mismo rango<sup>21</sup>.

Frente a esta concepción jurídica pura de patrimonio, surge, como reacción metodológica a una tesis estrechamente vinculada con la doctrina civilista, la concepción económica (extrema) del patrimonio, en que dicho bien jurídico es definido como *el conjunto de valores económicos pertenecientes a una persona*<sup>22</sup>, *la totalidad de bienes que están bajo el poder de disposición de una persona*<sup>23</sup>, o, *el conjunto de bienes que se encuentran bajo el poder de disposición de una persona, siempre que ese poder se encuentre jurídicamente reconocido*<sup>24</sup>. Para esta postura

17 POLITOFF, ob. cit., p. 394.

18 GALEGO SOLER, ob. cit., p. 114.

19 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, "Aproximación a la problemática de la estafa", en AA.VV, *Problemas actuales de Derecho Penal*, Universidad de Temuco, 2002, p. 177.

20 GALLEGOS SOLER, ob. cit., p. 116.

21 GALLEGOS SOLER, ob. cit., pp.118-125.

22 ANTON ONECA, "voz Estafa", Nueva enciclopedia jurídica, Vol.19, Barcelona, 1958, p. 67.

23 MAURACH, Reinhart, "Deutsches Strafrecht", AT, Karlsruhe, 1964, p. 319.

24 POLITOFF, ob. cit., p. 396.

doctrinal sí formarían parte del patrimonio las *meras expectativas* (cuando pudiese esperarse con probabilidad la ganancia), no así las simples esperanzas, las expectativas generales e indeterminadas o posibilidades sin sustento en una situación jurídica ya existente, por lo que la lesión a éstas (a su concreción) sí podrían ser valoradas como un perjuicio para efectos jurídico penales<sup>25 26</sup>.

En efecto, como según esta concepción, se integran en el concepto de patrimonio tan sólo las relaciones de carácter económico, y ello con independencia de que vengan o no reconocidas por el ordenamiento jurídico, o de que se concreten en derechos subjetivos, todos los bienes de una persona avaluables económicamente en el tráfico mercantil, como pueden ser las expectativas, las posiciones económicas antijurídicas o incluso los derechos nulos que provienen de negocios prohibidos o contra las buenas costumbres, quedarían comprendidos, en la formulación extrema de esta teoría, en el patrimonio de una persona, aun cuando aquellos provengan de una acción delictiva<sup>27</sup>.

Como consecuencia de esta concepción económica, la estafa se conceptualiza como un delito contra el patrimonio en general, por lo que lo importante para los efectos de determinar la existencia de un perjuicio es si esa totalidad ha sufrido una merma a consecuencia del acto de disposición, a diferencia de lo que ocurre cuando nos basamos en una concepción jurídica del patrimonio, en donde el bien protegido no se identifica con la totalidad del patrimonio sino que sólo con una parte concreta de aquél, con una cosa mueble o inmueble, con un derecho personal o real determinados<sup>28</sup>.

Las principales críticas que se han formulado a la teoría económica aluden por un lado al carácter hasta cierto punto tautológico de sus postulados, en la medida que al afirmar que el patrimonio es la suma de los bienes con valor económico de una persona, se estaría argumentando de forma circular, por cuanto el concepto de “bienes de una persona” precisamente es el que debe ser especificado mediante la definición de patrimonio, y no formar parte de aquella; y, por otro, a la excesiva amplitud en la protección penal que otorgaría esta concepción, en la medida que alcanzaría no sólo a situaciones jurídicas sin protección jurídico-civil, sino incluso también a situaciones fácticas de contenido económico poseídas antijurídicamente, criticándose además el hecho de que esta teoría prescindiría absolutamente de las circunstancias del caso individual (las necesidades y fines de la víctima), ya que los únicos parámetros que importan para los efectos de apreciar la existencia de un perjuicio, serían

25 POLITOFF, ob. cit., p. 396, siguiendo a Quintero, Gonzalo “*Comentarios de la parte especial del Derecho Penal*”, 2ª Ed, 1999, p. 526.

26 ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal parte especial*, tomo III, 3ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 401.

27 GALLEGO SOLER, ob. cit., p. 131.

28 ANTON ONECA, ob. cit.

los del valor de tráfico o precios del mercado. Así, el objeto de protección sería el patrimonio desconectado totalmente de su titular<sup>29</sup>.

Frente a las críticas formuladas a una y otra teoría, surge una teoría ecléctica, tradicionalmente denominada teoría mixta o concepción jurídico-económica del patrimonio, concepción que, al contrario de lo que podría indicar su nombre, no se encuentra a medio camino entre las dos teorías extremas, sino que parte de la concepción económica para luego limitarse por consideraciones jurídicas<sup>30</sup>, coincidiendo así el punto de partida del concepto mixto de patrimonio con el del concepto económico, en el sentido que sólo se consideran elementos patrimoniales las posiciones, objetos o situaciones avaluables económicamente, introduciéndose luego restricciones normativas que buscarían evitar contradicciones valorativas entre el derecho privado y el derecho penal.

En efecto, tal como lo señala la doctrina nacional, para la concepción jurídico-económica, el patrimonio estaría compuesto por el conjunto de bienes que se encuentran bajo el poder de disposición de una persona, siempre que ese poder se encuentre jurídicamente reconocido<sup>31</sup>, o en otras palabras, por aquellos bienes, derechos y demás cosas o entidades susceptibles de valoración pecuniaria, que un sujeto tiene en virtud de cualquier vinculación jurídica reconocida por el sistema<sup>32</sup>.

Si bien la teoría mixta sería actualmente la teoría dominante en España<sup>33 34</sup>, en nuestro país, aun cuando no existe consenso en la doctrina, pareciera primar una concepción jurídica del patrimonio. Etcheberry, por ejemplo, señala específicamente respecto del delito de celebración de contrato simulado en comentario, que el *“perjuicio debe consistir en la lesión de un derecho efectivamente existente, real o personal, de que es titular un tercero”*<sup>35</sup>, declaración con la cual estimamos estaría adhiriendo a una concepción jurídica del patrimonio, ya que al señalar que el perjuicio debe consistir en un derecho real o personal, excluiría elementos del patrimonio que aunque poseen valor económico, no están concretados en derechos reales o personales, sin perjuicio de que parale-

29 GALLEGO SOLER, ob. cit., p. 140.

30 GALLEGO SOLER, ob. cit., p. 150.

31 POLITOFF, ob. cit., p. 416.

32 GARRIDO MONTT, Mario, *“Derecho Penal”*, Tomo IV, Parte Especial, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 143.

33 Así, ANTON ONECA define el patrimonio como el *“conjunto de valores económicos jurídicamente reconocidos”*, adhiriendo también a esta concepción mixta basada en el *“reconocimiento jurídico”*, otros importantes autores españoles, tales como MUÑOZ CONDE, VIVES ANTON, RODRÍGUEZ DEVESA, entre otros. Ver GALLEGO SOLER, ob. cit., p. 158.

34 POLITOFF, ob. cit., p. 416.

35 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 443.

lamente considere razonable la exigencia formulada por la doctrina española, en orden a que el perjuicio sea a lo menos apreciable en dinero<sup>36</sup>. Garrido Montt, por su parte, pareciera también adherir a la misma teoría, en la medida que al analizar el perjuicio exigido por los distintos tipos de estafa, descarta como elementos integrantes del patrimonio a las meras expectativas y aprecia la existencia de perjuicios aun en casos en donde ha podido operar una compensación<sup>37</sup>.

La situación aparentemente no sería muy distinta en el campo jurisprudencial, ya que tal como señala Hernández Basualto, “*el hecho de que en la jurisprudencia nacional aquello que aparece como perjuicio patrimonial sea siempre una pérdida de derechos o intereses económicos diferentes pero asociados a un derecho, demuestra la vigencia de una concepción fuertemente jurídica*”<sup>38</sup>.

Primando aparentemente entonces en la escena jurídico-penal chilena, una concepción jurídica de patrimonio, el contenido y alcance del elemento perjuicio exigido por la ley para la configuración de los distintos tipos de fraude, y en particular, para el delito de otorgamiento de contrato simulado, debiera como consecuencia identificarse con la pérdida, estimable en dinero, de un derecho subjetivo (real o personal), a causa de la cual el patrimonio de su titular no ha obtenido aquello que le era jurídicamente exigible, por haber existido un incumplimiento previo de la obligación acordada o por haber variado la situación jurídica que permitía dicha exigibilidad.

### 3. Concepto de patrimonio sostenido por la Excma. Corte Suprema en el fallo en análisis y lesión del derecho de prenda general como perjuicio típico

En el considerando décimo quinto del fallo pronunciado recientemente por nuestro máximo tribunal en el denominado caso Inverlink, se señala, en relación con este punto, que “*..En lo atinente al segundo de los elementos del tipo penal cuya concurrencia también se cuestiona, esto es, el perjuicio de terceros, que debe “emanar precisamente del contrato mendaz mismo” (SCS, nueve de julio de dos mil tres, Rol N°657 – 02 y SCS, de cuatro de abril de mil novecientos ochenta y nueve, Rol N°7.605), el fallo impugnado es claro al señalar que el perjuicio patrimonial sufrido por la querellante alcanza al equivalente a cinco mil unidades de fomento, correspondiente al 50% de los derechos de Monasterio Lara en el inmueble, respecto de los cuales la querellante se vio inhibida de ejercer su derecho de embargo, es decir, la conducta defraudatoria de los enjuiciados lesionó un derecho con valor económico específico al que el ordenamiento jurídico otorga protección y que alcanzó*

36 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 399.

37 GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 331.

38 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “Aproximación a la problemática de la estafa”, en AA.VV, *Problemas actuales de Derecho Penal*, Universidad de Temuco, 2002, p. 177.

*certeza con la resolución judicial que ordenó el embargo y que precedió al otorgamiento de la compraventa cuestionada”.*

De acuerdo a la descripción que en el punto anterior se efectuó de las distintas concepciones doctrinarias existentes en torno al concepto de patrimonio y viniendo a constatar hasta cierto punto lo señalado por Hernández Basualto en torno a cuál sería en este ámbito la tendencia jurisprudencial imperante en nuestro país, **aparentemente en este fallo de nuestro máximo tribunal abraza de forma decidida la teoría jurídica de patrimonio**, en la medida que funda la existencia del perjuicio requerido por el tipo penal, en la circunstancia de que aparentemente la conducta defraudatoria desplegada por los acusados, habría lesionado un *“derecho con valor económico”* que formaría parte del patrimonio de la Corporación querellante.

Entendiendo que, de acuerdo al relato que se efectuó en el primer apartado de este artículo, en relación con los hechos por los cuales fueron juzgados el señor Monasterio, su cónyuge y la cuñada de esta última, la celebración del contrato de compraventa supuestamente mendaz, en virtud del cual fue enajenado un departamento de propiedad del señor Monasterio, habría impedido que la empresa querellante Corfo, pudiera embargar el referido inmueble como forma de asegurar el futuro pago de una parte de aquellas sumas que el tribunal del crimen tuviera a bien fijar por concepto de indemnización de perjuicios en caso de que resolviera acoger la demanda deducida por la querellante en su libelo, surge el cuestionamiento acerca de cuál sería ese *“derecho con valor económico”* al que alude la sentencia, cuya lesión habría permitido apreciar la existencia de un perjuicio y estimar en consecuencia configurado el mencionado delito del artículo 471 N°2 C.P.

Debiendo descartarse a nuestro juicio que con la mención a dicho derecho, la Corte haya querido referirse al eventual crédito que se generaría en favor de la querellante en caso que el tribunal del crimen resolviera acoger la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por Corfo, por cuanto al tiempo de la celebración del cuestionado contrato, dicho crédito o derecho personal aún no habría existido, y en consecuencia, tanto su nacimiento como la satisfacción del referido derecho no habría constituido jurídicamente sino una mera expectativa, esto es, la expectativa de un derecho que como ya se ha señalado, no quedaría comprendida dentro del concepto sostenido por la teoría jurídica de patrimonio<sup>39</sup>; estimamos que ese *“derecho con valor económico”* cuya lesión en este caso reconoció la Excm. Corte, correspondería al denominado **derecho de prenda general**, esto es, a la facultad que asiste a todo acreedor de perseguir la satisfacción o ejecución de una obligación personal sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, tal como lo establece el artículo 2465 C.C., exceptuándose solamente los inembargables.

---

39 GALLEGO SOLER, ob. cit., p. 116.

La afirmación anterior resulta relevante, en la medida que tanto por la exigencia que en términos generales ha formulado la doctrina en orden a que el perjuicio exigido para la consumación de las figuras de estafa, deba ser real y efectivo<sup>40</sup>, como por las dudas que hasta cierto punto han producido en la jurisprudencia los planteamientos introducidos por la concepción económica, a la hora de negar la existencia de perjuicios en aquellos casos en que el deudor sustrae de su patrimonio ciertos bienes, mermándolo efectivamente, pero contando con otros bienes a partir de los cuales puede satisfacerse igualmente el derecho de prenda general del acreedor, la Corte Suprema con anterioridad a este fallo, no consideraba que la eventual afectación del derecho de prenda general, pudiera identificarse con un perjuicio típico.

En efecto, en pronunciamientos anteriores, la Excma. Corte había señalado que *“en los hechos específicos juzgados por el fallo, el perjuicio consistiría en la sustracción del bien inmueble materia de los contratos desde el patrimonio de su dueño, que impide que quedara afecto al resultado de acciones judiciales de terceros, incluyendo entre éstos al querellante. En otras palabras, considera un perjuicio de naturaleza eventual que podría afectar a sujetos indeterminados (salvo el querellante), mientras que el delito de cuya calificación se trata, exige, conforme a las nociones generales de la doctrina, un perjuicio efectivo, apreciable en dinero y que derive directamente de la conducta materia de la prohibición, lo que de acuerdo con los elementos de convicción incorporados por la sentencia impugnada, ha producido en el patrimonio del querellante la falta de pago de los cheques de que es titular y no el otorgamiento de los contratos simulados a que se refiere esta causa”*, agregando en el mismo considerando 6° del fallo, que *“De otra parte, el derecho de prenda general de los acreedores permite a éstos adoptar y ejercer diversas medidas y acciones en resguardo de sus intereses, que de no impetrarse dejan en libertad al deudor para circular sus bienes incluso con la celebración de contratos simulados que en general y en sí misma no es sancionable, salvo los casos de insolvencia por determinados actos que pueden llegar a ser punibles, conforme al Código Penal o a la Ley de Quiebras, pero bajo supuestos y de acuerdo a hechos que no han sido materia de este juicio”*<sup>41</sup>.

A la luz de esta jurisprudencia y revisando el reciente fallo pronunciado en la causa Inverlink, resulta en definitiva evidente el cambio experimentado por nuestro máximo tribunal en relación con el contenido y alcance que considera posible reconocer al elemento perjuicio en la estructura de esta figura de estafa, en la medida que no sólo admitiría como perjuicio típico un daño potencial al patrimonio, como ocurre precisamente en los casos en que aun sustrayéndose mediante contratos simulados bienes desde el patrimonio del deudor, restan otros bienes con los cuales poder satisfacer los créditos de sus acreedores, sino que además, admitiría también su concurrencia entendiendo

40 ETCHEBERRY, ob. cit., p. 400.

41 Corte Suprema, de 9 de junio 1998, Rol 735-98.

así lesionado el derecho de prenda general, aun en aquellos casos en que su titular, ha sido negligente en impetrar aquellas acciones que emanando del mismo derecho, lo amparan y protegen. En efecto, en tal sentido, en el considerando 5° de la sentencia en comento, el máximo tribunal señala: *“Que la omisión del embargo del bien raíz admitido como propio ante el juez de la causa por delitos de malversación de caudales públicos, estafas y otros, que permitió a los contratantes la celebración de la compraventa, no puede validar el acto jurídico que en apariencia realizaron los contratantes, toda vez que de los antecedentes examinados aparece de manifiesto la voluntad de sustraerlo del patrimonio en la parte que correspondía al encausado, en perjuicio de la querellante”*.



UNIDAD ESPECIALIZADA  
EN RESPONSABILIDAD  
PENAL ADOLESCENTE  
Y DELITOS VIOLENTOS

---



## ENSAÑAMIENTO EN EL HOMICIDIO. ALGUNAS CONCLUSIONES EN BASE A LA JURISPRUDENCIA CHILENA (2010-2011)

Rodrigo Fernández Moraga<sup>1</sup>

### I. Introducción

Matar a otro –probablemente– constituya uno de los delitos más graves contra las personas, sancionado por los diversos ordenamientos jurídicos, pues violenta el bien jurídico por excelencia protegido en las legislaciones del mundo, la vida.

En nuestro país, la Constitución Política de la República en su artículo 19 N°1, garantiza “*el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas*”, la cual se encuentra reforzada por otras disposiciones de la Carta Fundamental, entre ellas el N°26 del mismo artículo 19, al disponer “*La seguridad de que los preceptos legales, que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que los limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*”; por su parte el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, expresa que “*Es deber de los órganos del Estado, respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la misma y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes*”.

Si bien es cierto, el hecho de arrancar la vida de otro intencionalmente, se concreta siempre del mismo modo, determinadas circunstancias objetivas o subjetivas harán mutar esta figura. Así, nos encontraremos en presencia del delito de parricidio respecto de los sujetos a quien los une el vínculo exigido por la norma; del infanticidio si se dan determinados requisitos en la edad de la víctima y el grado de parentesco del autor; homicidios calificados en atención a las diversas formas comisivas en que se presente o, para el caso del femicidio dependiendo del vínculo entre víctima y autor.

Aun con la prevención anterior, concordamos con lo advertido por el jurista nacional don Jean Pierre Matus, quien citado en el Proyecto de Ley que intenta modificar artículo 391, N°2 del Código Penal, a objeto de aumentar la pena al homicidio simple, ha señalado: “Las penas del homicidio simple en Chile son las más bajas del ordenamiento occidental, no conozco ningún país

1 Abogado de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Ficsalía Nacional, Ministerio Público.

Europeo, ni Estado Norteamericano que tenga penas tan bajas para el delito de homicidio”<sup>2</sup>.

Cada cierto tiempo y generalmente con ocasión de hechos de conmoción pública, cobra realce el tema de la penalidad asociada a la figura del homicidio simple. Llama la atención que en nuestro país, luego de diversas modificaciones al Código Penal –en adelante CP–, aún mantenga las penas que actualmente registra, las que parten en los cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

Es cierto que la penalidad, dependiendo de las circunstancias comisivas se amplía, llegando hasta el presidio perpetuo calificado, luego, es ahí donde comienza a cobrar vigor el presente trabajo, pues es menester probar las circunstancias calificantes o agravantes que justifican el incremento del injusto, que en definitiva permitan la aplicación de una pena concebida como *justa*. No podemos desconocer lo dificultoso que resulta presentar y probar estas circunstancias, pues son pocas las que pueden probarse en el plano de lo puramente objetivo, como podría ser el caso de actuar mediante veneno<sup>3</sup>, como lo plantea la circunstancia *tercera* del artículo 391 del CP, a diferencia de aquéllas que tienen un componente subjetivo, además del componente objetivo como sucede en el ensañamiento.

Reconociendo esta dificultad, consideramos sumamente necesario contar con algunos elementos que coadyuven al persecutor en su labor, al momento de estimar su concurrencia.

## II. Objetivos

El presente trabajo tiene por objeto dar a conocer, sintéticamente, el análisis de la circunstancia calificante del homicidio conocida como *ensañamiento*. En la legislación nacional, el *ensañamiento* puede ser concebido como una circunstancia modificatoria, agravante de la responsabilidad penal (artículo 12 N°4 del CP) o como una circunstancia calificante del homicidio, contemplado en el artículo 391 N°1, circunstancia *cuarta* del CP.

A fin de lograr una visión amplia del comportamiento de la calificante *ensañamiento*, se realizó una revisión de aquellos fallos de Tribunal Oral en lo Penal (en adelante indistintamente Tribunal o TOP), dictados a lo largo del país en los períodos 2010 y 2011, registrados en el Sistema de Apoyo a Fisca-

2 Página 2, Boletín N°8609-07, Proyecto de ley modifica Art. 391, N°2 del Código Penal, a objeto de aumentar la pena al homicidio simple.

3 Toda vez que mediante la necropsia u otro examen relacionado como un informe toxicológico dará cuenta de haberse utilizado determinado elemento que funcionó como *matador*.

les (SAF) como homicidio calificado. De aquel universo, se analizó el número de casos en los que la tesis del Ministerio Público fue presentada alegando la circunstancia cuarta del N°1 del artículo 391 del CP y de ellos, cuantos fueron acogidos o rechazados, como asimismo el razonamiento utilizado.

En este artículo, se pretende dar a conocer los criterios seguidos por los diversos TOP del país, al momento de determinar su procedencia, contenido y alcance.

### III. Aspectos generales

Como primera aproximación, podemos señalar que el ensañamiento –jurídicamente– es definido como la *acción de deleitarse o complacerse de causar a la víctima de un crimen, o al enemigo ya rendido, el mayor daño y dolor posibles, aun innecesarios para su muerte, a fin de prolongar la agonía o hacerla más crue<sup>4</sup>*.

El N°4 del artículo 12 del CP concibe como agravante de responsabilidad penal el “*Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución*”. Dicho precepto es una norma que está incluida en el Código Penal desde sus inicios, producto de la herencia del artículo 10 del CP español que sirvió de base para la redacción del nuestro.

A decir verdad, según consignan las actas de la comisión redactora signadas por el presidente Alejandro Reyes y Sr. Julio Prieto, presidente y secretarios de la comisión respectivamente, dejan constancia que esto fue aprobado sin mayor discusión, tomados de modo idéntico del español<sup>5</sup>.

A su tiempo la calificante del artículo 391 del CP, es concebida como: “*El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado: 1° Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio: Cuarta. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido*”.

En virtud de lo esbozado con anterioridad cabe entonces preguntarse: ¿Es el ensañamiento como agravante de responsabilidad criminal (artículo 12 N°4 del CP) lo mismo que la calificante del delito de homicidio (artículo 391 N°1, circunstancia cuarta del CP)?

Para aclarar el punto en primer término podemos señalar que la disposición del artículo 391 N°1, circunstancia cuarta del CP constituye una calificante, razón por la cual posee aplicación restrictiva remitiéndose particularmente al delito de homicidio, en tanto la otra es una circunstancia agravante de la res-

4 Ossorio Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Heliasta, 33ª edición, p 369.

5 De Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno*, Ed. EDEVAL 1974, p. 259.

ponsabilidad criminal de carácter genérica, por lo tanto, perfectamente aplicable a toda clase de delitos.

Por otra parte, del modo en que se encuentran concebidas ambas disposiciones, podemos señalar que la agravante de responsabilidad penal es más amplia que la calificante, pues la calificante exige un aumento *deliberado e inhumano* del dolor, *respecto de la persona del ofendido por el ilícito*; la agravante, –en cambio– se encontrará presente toda vez que concurren por parte del autor *otros males innecesarios* en la ejecución del hecho, no procede sólo en los delitos contra las personas, sino que respecto de todo hecho punible que admita en sí mismo el incremento del mal representado por la producción del resultado del hecho típico.

En relación a la *deliberación* en el accionar y lo *inhumano* del actuar, como elementos de la calificante, podemos señalar que el primero dice directa relación con la intención precisa de ocasionar este dolor al quitar la vida de otro, el dolo específico; y la segunda, es una circunstancia que sólo está en el ámbito interno del asesino dado por su insensibilidad y crueldad, que de algún modo debe evidenciarse en los hechos, creemos que esto es para despejar aquellos casos en que exista más de un golpe, corte o lesión que no sean directamente inferidos en miras de causar mayor dolor en la muerte –sino que por ejemplo– asegurar su resultado. En todo caso, como lo plantean Politoff, Grisolia y Bustos no obsta naturalmente a la aplicación de la agravante del artículo 12 N°4 CP<sup>6</sup>.

La agravante exige que se causen *otros males innecesarios* para la ejecución del delito, como pueden ser acciones posteriores a la muerte.

La calificante requiere la *intensificación del mal*, esto es el aumento natural del dolor infringido *en esta acción* de matar a otro.

En relación a la comunicabilidad del *ensañamiento*, cabe señalar que cuando hablamos de la agravante de responsabilidad, debemos considerar que ésta es de tipo personal o subjetiva y por tanto favorece o perjudica sólo a los agentes respecto de quienes concurre, tal como lo indica el artículo 64 del CP. Por su parte, la calificante del delito de homicidio, se comunicará, en tanto se den los mismos presupuestos del mencionado artículo 64 del CP con la prevención en esta parte que la calificante exige una dualidad de componentes, por una parte tiene uno interno de disposición moral, constituido por el dolo directo exigido (*deliberado*) y otro externo o material graficado por la intensificación del dolor del vencido (*inhumano*), de tal modo que en la medida que dos suje-

6 Politoff, Grisolia y Bustos, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 2ª edición, ED. Jurídica, p. 128.

tos actúen con ensañamiento en el asesinato de un tercero, serán responsables cada uno de su propio ensañamiento.

En síntesis, diremos que la calificante opera exclusivamente para el delito de homicidio y respecto de la persona que lo ejecuta, no a los terceros que pudieron evitar la acción que genera un aumento *deliberado e inhumano* del dolor, siempre respecto de la persona víctima del homicidio.

Valga señalar que sólo podemos concebir la figura del homicidio calificado por ensañamiento, en tanto exista dolo directo, no teniendo cabida el dolo eventual, ni tampoco en figuras de omisión, ello en razón de la disposición que debe tener el actor de buscar este mayor daño y/o dolor posibles.

Si bien a estas alturas debiese tenerse por descartado, debemos considerar que para la concurrencia de la calificante en estudio, ha de procederse respecto de una persona viva, pues en caso contrario no hay aumento del dolor.

En esta parte resulta de sumo interés recordar el ejemplo utilizado por el profesor Garrido Montt en su obra para inferir que la agravante de responsabilidad penal y la calificante del homicidio pueden tener roles independientes:

Si **A** asesina a **B** y luego de fallecido lo descuartiza, no concurrirá la calificante del artículo 391 N°1 circunstancia cuarta, pero puede tener cabida la agravante de responsabilidad del artículo 12 N°4 del CP.

La calificante necesariamente queda descartada pues no existe en la persona asesinada un *incremento del dolor* con ocasión del descuartizamiento, ya estaba fallecida.

La agravante de responsabilidad puede tener cabida cuando este descuartizamiento tuvo por finalidad –por ejemplo– remitirles las partes del cuerpo a distintos familiares del fallecido.

En este mismo orden de ideas, reconocemos que es una cuestión debatida por la doctrina si la víctima debe encontrarse –o no– conciente para reconocer concurrente la calificante, pues se sostendría que el estado de inconciencia de un sujeto lo inhibe de recibir mayor dolor. En nuestra opinión, en ambos casos puede estimarse concurrente, pues el actor por una parte no es persona idónea para calificar aquella circunstancia y encontrándose inconciente, en caso alguno el autor estará asegurando el fin de matar, sino de hacer sufrir.

#### **IV. Resultado del análisis jurisprudencial**

Entre los años 2010 y 2011 en 103 casos el Ministerio Público acusó por el delito previsto en el artículo 391 N°1 CP, esto es homicidio calificado. De

estas acusaciones, en 17 casos<sup>7</sup> se estimó concurrente la circunstancia cuarta –ensañamiento– y en la mayoría de ellas –16– se acusó en conjunto con otra calificante.

Del total de fallos sólo en 7, se estimó concurrente la calificante en estudio. Producto de la revisión de estas sentencias, varios son los elementos de invaluable interés para los encargados de la persecución penal, que pueden entregar herramientas para sustentar bajo determinados supuestos la concurrencia del ensañamiento, a saber:

a-. Figura imperfecta, concebida como calificada. Bajo el concepto que existen divergencias entre los que conciben la concurrencia de la figura calificada imperfecta, esto es cuando no existe completa realización del hecho típico y los que no, creemos oportuno relevar de los casos analizados, uno de ellos donde se detectó dicho incidente. En efecto, se acusó y condenó como autores de homicidio calificado –*por ensañamiento*– frustrado, pues ambas víctimas sobrevivieron a los atroces hechos, luego de haber sido amarradas y lanzado sobre ellas combustible, para intentar calcinarlas<sup>8</sup>.

Observamos, pese a la complejidad probatoria, que el persecutor en este caso firme en su convencimiento del actuar despiadado y frío de los acusados, con la intención determinada de matar aumentando el dolor, dominó en su pretensión pues, logró acreditar con bases sólidas, principalmente el relato del médico legista y versiones de testigos, un homicidio calificado frustrado, obteniéndose una penalidad acorde con la magnitud de los hechos.

Desechadas fueron las alegaciones de las defensas que estimaban improcedente la figura por no encontrarse agotada, como asimismo las que lo estimaban como un delito de lesiones.

b-. Número y entidad de las lesiones. Gran parte de la doctrina es conteste en señalar que el número de lesiones en la persona fallecida –por sí mismo– no pueden evidenciar la concurrencia de la calificante en análisis, mas, al hacer

7 Los 17 casos en que se estimó concurría esta calificante son: RUC: 0800228588-7 del TOP de Talca; RUC: 0800839363-0 del TOP de Viña Del Mar; RUC: 0900458729-1 del TOP de Linares; RUC: 0900782188-0 del 6° TOP de Santiago; RUC: 0900817773-k del TOP de Cauquenes; RUC: 0900825069-0 del TOP de Santiago; RUC: 0900989688-8 del TOP de Chillán; RUC: 0901056277-2 del 6° TOP de Santiago; RUC: 0901146323-9 del TOP de Antofagasta; RUC: 0901152618-4 del TOP de Concepción; RUC: 0910023177-5 del TOP de Concepción; RUC: 100229734-0 del TOP de Osorno; RUC: 100237322-5 del 4° TOP de Santiago; RUC: 1000393948-6 del 7° TOP de Santiago; RUC: 1000671517-1 del TOP de Talca; RUC: 100129061-8 del TOP de Valdivia y RUC: 1010029777-4 del TOP de Valparaíso.

8 Tribunal Oral en lo Penal de Chillan, 5 de enero de 2011, RUC 0900989688-8.

una revisión de los fallos que la acogen, dan cuenta que efectivamente uno de los elementos considerados de modo relevante al momento de calificar la conducta están en la cantidad de lesiones y entidad de las mismas.

Es así como el TOP de Linares<sup>9</sup> –conociendo hechos que fueron probados en juicio– en relación a un sujeto que asesinó a la víctima propinándole a lo menos 45 cortes, en diversas partes del cuerpo como cabeza, cuello, yugular, rostro, pecho, manos y espalda, entre otros, tuvo por acreditado el ensañamiento. En efecto, el tribunal en el considerando *undécimo*, al revisar la *Calificación Jurídica* señaló: “Por otra parte, creemos que también se ha dado en los hechos la circunstancia de *ensañamiento*, al haberse aumentado inhumana y deliberadamente el dolor del ofendido. Es así como los elementos fácticos dados por probados nos permiten concluir que el encartado produjo sufrimientos innecesarios en la víctima, excediendo su dolo homicida, al inferirle más de 44 cortes, todos en la zona de su rostro y cráneo, más si se tiene presente que bastó la herida en su región cervical izquierda, de 13 centímetros de longitud, y que seccionó su yugular, para ocasionar su muerte”.

Similar razonamiento y lógica encontramos en el análisis del tribunal en la sentencia de fecha dieciséis de agosto de dos mil diez<sup>10</sup>, del 6° TOP de Santiago, el cual sobre la base de hechos probados tuvo por acreditado que una persona atacada en la vía pública por un grupo de sujetos, recibió trece impactos de bala, además de recibir golpes de pie y puño, todo lo que ocasionó su deceso. El Tribunal en el considerando *séptimo* reconoce: “En concepto de este Tribunal, el aumentar inhumanamente y deliberadamente el dolor del ofendido quedó establecido con los trece impactos de proyectiles balísticos que recibió la víctima en sus extremidades inferiores, [...] cuyas características el Tribunal pudo apreciar mediante la proyección de las fotografías del protocolo de autopsia con un gran cercenamiento de piel, en la que incluso se apreciaban los músculos y huesos. [...] De todo aquello se puede concluir que la mayoría de las lesiones, fueron superficiales, dañando piel y músculos, por lo que solo aumentaban el mal causado a la víctima y permiten colegir que fueron causadas con el propósito de acrecentar el dolor del agredido, en términos que pueden considerarse inhumanos”. El análisis de los jueces agrega: “En efecto, de acuerdo con los hechos probados, se produjo un ataque directo e intenso desplegado por los acusados, provocándole una multiplicidad de heridas, de las cuales solo cuatro fueron capaces de provocarle la muerte debido a un shock hipovolémico, demostrando con ello la intención cierta de aumentar deliberada y fríamente el sufrimiento del ofendido, a quien tenían a su disposición en el suelo, unido a las zonas que eligieron atacar, esto es, las extremidades inferiores, que según el saber común, no producen la muerte”.

9 Tribunal Oral en lo Penal de Linares, 14 de mayo de 2010, RUC 0900458729-1.

10 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 16 de agosto de 2010, RUC 0900782188-0.

Una tercera sentencia que hace razón de lo evidenciado como conclusión, está en la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Antofagasta, los que con fecha veintinueve de marzo de dos mil once, tiene por probados hechos que evidencian que el acusado atacó a la víctima propinándole golpes y cortes con un cuchillo, ocasionándole más de ochenta lesiones. Los jueces al estimar concurrente la calificante de ensañamiento –en el considerando décimo– señalan: “Aparece suficientemente justificado en autos, a juicio del Tribunal, los elementos antes señalados, tanto objetiva como subjetivamente, esto es, aparece que la forma de comisión del ilícito le causó a la ofendida un dolor más intenso del requerido para causarle la muerte con el medio comisivo empleado –las heridas cortopunzantes con arma blanca– así como que esa fue la precisa intención del agente ejecutor; por el contrario, *no aparece de forma alguna que la multiplicidad de las heridas se haya debido, por ejemplo, a una intención simplemente de asegurarse de darle efectiva y pronta muerte o a un paroxismo emotivo del autor*, atendido en este caso no su extremo número, sino su forma de distribución, así como la circunstancia de haberla intimidado y amedrentado previamente –por las lesiones superficiales que le provocó en los costados de la región abdominal y también en el cuello– que denotan, por de pronto, una verdadera tortura desde el punto de vista psicológico y una búsqueda de causar un sufrimiento adicional al estrictamente requerido para poner fin a su vida”.

c-. Procede la calificante aun cuando la víctima se encontraba inconciente. Como ya fuere reconocido, existe discusión doctrinal entre los que conciben ensañamiento sólo cuando la víctima se encontraba viva y conciente, pero, de la revisión de las sentencias, destacamos el fallo del Tribunal Oral en los Penal de Concepción, de fecha trece de noviembre de dos mil diez<sup>11</sup> el cual entrega luces, estimando concurrente el *ensañamiento* bajo esta circunstancia. En el considerando decimoséptimo reconoce: “...el Tribunal considera acreditado, más allá de toda duda razonable, que los agente enfrentaron a la víctima a través de actos concretos que se manifestaron en el acercamiento a corta distancia, y en el uso de un arma contundente, escopeta recortada, con aptitud para causar la muerte de la forma en que lo hicieron, esto es mediante golpes fuertes y brutales, sin posibilidad de defensa debido al mayor número de agresores y al hecho de portar este elemento con el cual golpearon innecesaria, reiterada y deliberadamente al occiso en la cabeza, hasta causarle una gran lesión en el cuero cabelludo, en forma de “Y”, con pérdida de masa encefálica y fracturarle todos los huesos del cráneo, lo cual le provocó un estado de inconsciencia y desvanecimiento, mientras se desangraba y agonizaba hasta morir casi instantáneamente.[...]. En efecto, no cabe a estas alturas duda, que la víctima fue atacada con la culata de una escopeta mediante golpes en la

11 Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, 13 de noviembre de 2010, RUC 0901152618-4.

cabeza, con rabia, como si le “estuvieran pegando a un perro”, según refirió el testigo protegido uno, con mucha fuerza, en reiteradas ocasiones, aumentando de este modo deliberadamente el dolor al ofendido, quien con el primer golpe lo más probables es que haya quedado en un estado de inconsciencia, sin que tuviera lesión o muestra alguna en otra parte del cuerpo que indique que pudo haberse defendido”.

d- Pena en concreto aplicada. Observamos como una práctica asentada en los tribunales, al momento de calcular la pena en concreto, rápidamente considerar la aplicación en el *mínimum*, en base a una interpretación del *in dubio pro reo*, eludiendo la función que compete a la parte final del artículo 69 del CP. Sin embargo, creemos necesario destacar en esta revisión de casos, aquellos en que a pesar de ser rechazada la calificante alegada por el Ministerio Público, tuvo el tribunal una mayor preocupación al momento de imponer la pena, pues *la mayor o menor extensión del mal causado*, pone en jaque al principio advertido.

En relación a lo señalado en el párrafo anterior, nos parece relevante destacar el fallo del 6° TOP de Santiago<sup>12</sup>, que a pesar de rechazar la aplicación de la calificante en estudio, sin que concurrieran circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, estuvo por condenar al acusado a una pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, atendida la forma de comisión del hecho, la gravedad de éstos y el hecho de existir menores de edad como víctimas y armas involucradas.

Es necesario reconocer que, si bien esta conclusión se advierte con completa claridad en el fallo señalado, se diluye entre los otros fallos materia de análisis, pues –como ya se advirtió– la gran mayoría de los casos en que fueron rechazadas las alegaciones del Ministerio Público en que se estimaba concurrente la calificante *ensañamiento*, fue acogida otra calificante, tal como la premeditación y mayoritariamente la alevosía, manteniendo elevada la pena concreta.

Interesante es considerar *no restarse de alegar* la circunstancia calificante, ante eventuales dificultades probatorias, pues siempre que exista visos de su concurrencia creemos debe ser relevado, pues es el tribunal quien, en su mérito la evaluará, y en caso de rechazarla, tendrá la posibilidad de reconducirla a la agravante del artículo 12 N°4 del CP o tendrá a la vista mayores elementos para asirse y justificar *la mayor extensión del mal causado*, conforme a la parte final del artículo 69 del CP.

e- Falta de justificación –suficiente– al rechazar la calificante. Aun cuando muy subjetivo, parece necesario mencionar que se observó suma rigidez por parte de los sentenciadores al momento de evaluar el elemento subjetivo del

12 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 31 de marzo del 2011, RUC: 0901056277-2.

comportamiento *frío y perverso* del actor, debiendo –no en pocas ocasiones– acudir a apreciaciones sin bases sólidas para desestimar este accionar que en concepto del Ministerio Público había aumentado *deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido*, como se destaca en las causas RUC: 0800228588-7; 0901056277-2 y 0910023177-5, las que en lo sustancial convergen en señalar que fue posible que el o los autores buscaran con estas acciones asegurar la muerte u ocultar las evidencias del mismo, no el aumento innecesario del dolor de la víctima.

En este orden de ideas, fue imprescindible en todos estos casos un buen relato de los peritos médico legistas, que evidenciara de algún modo este mayor sufrimiento buscado en la persona de la víctima, que permitiera asociarlo al espíritu descarnado del actor. De otro lado, en aquellos casos en que se acogió el ensañamiento, las declaraciones de los peritos tanatólogos, que evidenciaron el orden de las lesiones, los tejidos que lesionaron, el encuadre de sexo y edad de las víctimas, la mortalidad de las lesiones, la capacidad de haber inflingido dolor mientras la víctima estaba viva, etc., fue el relato esencial para condenar por la figura calificada.

f-. Doctrina mayoritariamente seguida. En miras a dar cuenta de la doctrina mayoritariamente seguida por los tribunales, en el período estudiado, podemos señalar que los autores mayormente aludidos fueron Don Mario Garrido Montt; S. Politoff, F. Grisolía y J. Bustos y Don Alfredo Etcheberry.

Lo anterior se observa con mucha claridad en el fallo RUC: 100237322-5 del 4° TOP de Santiago, que al momento de acoger el ensañamiento, analiza la doctrina, conceptualizada en el fallo como aquella en que el sujeto comete el delito aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido, el que se traduce en opinión de la doctrina nacional, acudiendo al jurista Etcheberry, *Que a la voluntad homicida se agrega un elemento distinto e independiente: se quiere matar, por una parte, y se quiere hacer sufrir, por otra*; hurgan en la opinión del autor Garrido Montt, que la concibe como *aumentar el sufrimiento propio del morir, y que es natural a la modalidad usada por el agente*; del mismo modo analizan el concepto vertido en la obra de los autores Politoff, Matus y Ramírez, quienes señalan debe concurrir cuando *hay un mayor injusto en la producción de sufrimientos innecesarios en la víctima*.

En el caso analizado, existieron dos instancias en la agresión: un primer momento en que existen estocadas en la región torácica de la víctima y luego –ya debilitada–, cuando en cuclillas agrede ferozmente a la víctima en su rostro, con el arma blanca que portaba, la que se encontraba a esa altura tendida en el suelo, agónica, ocasionándole siete cortes en la cara y uno en la zona cervical, como fueron descritas por la dinámica de los hechos, los forenses, calificándolas de innecesarias. Califican ese hecho como *acción perversa* como la creación forzosa de una sonrisa (mediante un corte), evidenciando la idea de humillar más aún al afectado. Las lesiones provocadas en el rostro de la

víctima aparecen ejecutadas con esa motivación subjetiva deliberada, encontrándose la víctima en el suelo, inmovilizada.

En consecuencia, el acusado en forma voluntaria buscó intensificar el dolor que debió sufrir la víctima y que no es propio del medio empleado para matar, particularmente en el rostro desfigurándoselo, lo que revela una vileza manifiesta provocando en su víctima dolores que este tribunal estima inhumanos y distintos del solo fin homicida.



## COMENTARIO A SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO QUE ACOGE LA CALIFICACIÓN DE HECHOS COMO ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN EN CASO DE FRACTURA DE VIDRIO DE VEHÍCULO CON LA VÍCTIMA EN SU INTERIOR Y RECHAZA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 11 N°6 DEL CP, POR LA EXISTENCIA DE CONDENAS PREVIAS COMO ADOLESCENTE

*Luis Iván Jaramillo Santibáñez<sup>1</sup>*

### Resumen

*La Corte de Apelaciones de Santiago acogió el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en relación a la sentencia definitiva condenatoria dictada en procedimiento abreviado, resolviendo dos conflictos jurídicos de relevancia, a saber, la calificación del rompimiento de fractura o vidrios de los vehículos en la vía pública con sus pasajeros para sustraer especies desde su interior, como constitutivos de delito robo con violencia e intimidación; y, la no concurrencia de la atenuante de irreprochable conducta anterior cuando los imputados poseen condenas previas como adolescentes.*

### 1. Antecedentes generales

Ante el Cuarto Tribunal de Garantía de Santiago, en Causa RUC N°1200953795-1, RIT N°12971-2012, seguida por el tipo penal de robo con violencia e intimidación, con fecha 25 de septiembre de 2012, se desarrolló la respectiva audiencia de control de detención, en la que el Ministerio Público dedujo acusación verbal en procedimiento abreviado en los términos del artículo 407 del Código Procesal Penal, donde el imputado fue acusado por los hechos consistentes en que premunido de un objeto contundente, cuando la víctima enfrentaba en su auto un semáforo esperando luz verde, rompió el vidrio del copiloto, sustrayendo diversas especies, siendo detenido en las inmediaciones del lugar, con uno de los objetos en su poder, ocasionando además un corte en el dedo meñique a la víctima, por la fractura del vidrio. Como corolario, el Ministerio Público solicitó como pena tres años y un día de presidio menor en grado máximo, más accesorias legales, con cumplimiento efectivo.

Acogiendo las pretensiones de la defensa y sumando, además, argumentos propios, el Tribunal de Garantía, calificó los hechos imputados como robo de cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público y lesiones leves,

<sup>1</sup> Fiscal Adjunto, Fiscalía Local de Flagrancia Fiscalía Regional Metropolitana Oriente, Ministerio Público.

y pese al nutrido prontuario del imputado como menor adolescente, estimó la concurrencia a su favor de la atenuante de irreprochable conductor anterior.

En consecuencia, la sentencia en comento, determinó condenar al imputado a la pena de 200 días de presidio menor en su grado mínimo más accesorias legales, como autor al delito consumado de robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público; y tercio de Unidad Tributaria Mensual por la falta de lesiones leves, concediendo al efecto el beneficio de remisión condicional de la pena por el término de un año.

Atendida la calificación jurídica, la atenuante acogida y el beneficio de la Ley N°18.216 otorgados por resolución del Tribunal de Garantía, se dedujo recurso de apelación en su contra.

## 2. Fundamentos del recurso de apelación

El Ministerio Público fundó el recurso de apelación, por una parte, en la errónea calificación jurídica de los hechos materia de la acusación como robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público y lesiones leves y no como robo con violencia e intimidación; y por otra, cuestionó el reconocimiento de la atenuante de irreprochable conducta anterior del imputado y la concesión, en consecuencia, del beneficio de remisión condicional de la pena.

Al respecto se reproducen, en lo pertinente, los argumentos de hecho y derecho contenidos en el libelo de la apelación, a saber:

A. “En relación al primer tema antes anotado, se indicó como punto de partida lo que reseñan los artículos 432, 436 inciso 1° y 439, todos del Código Penal.

En efecto, el citado artículo 432 en lo pertinente menciona “El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia de cosa mueble usando violencia o intimidación en las personas...comete robo...”, y por su parte, el artículo 436 inciso 1°: “Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas...”; y a su turno, el artículo 439, señala: “Para efectos del presente párrafo se estimarán por violencia o intimidación en las personas...cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega”.

Pues bien, en el caso en concreto, es claro que no están en debate ninguno de los elementos que estructuran los hechos de la acusación verbal ni los antecedentes recopilados en la investigación, ya que tal como lo reseña el artículo 406 del Código Procesal Penal: “...el imputado en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de investigación que le fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento”. Es más, la propia defensa no cuestiona

ninguna de los antecedentes investigativos y sólo se limita a discutir la calificación jurídica de los hechos.

En consecuencia, cabe preguntarse si el hecho que el imputado portando un elemento contundente con el ánimo de sustraer especies, fractura el vidrio del copiloto a sabiendas que al interior hay una persona, es suficiente para provocar, primeramente miedo y estupor en la víctima, que incluso le impide reaccionar, a diferencia de lo que sucedería tratándose un vehículo estacionado o detenido en la vía pública y sin ocupantes.

Siguiendo los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, efectivamente se provoca un fuerte impacto emocional en una persona al darse cuenta que otra con un elemento contundente fractura uno de los vidrios del vehículo en que se moviliza, en circunstancias que se encontraba dentro de un automóvil, en que se sentía segura, lo que le impidió evitar la sustracción de bienes de su propiedad contenidos al interior del vehículo.

Lo anterior a juicio del Ministerio Público, en su sentido natural y obvio y sin considerar en un principio las lesiones de la víctima, se enmarca justamente en la frase: “cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega”, que utiliza el ya referido artículo 439, precisando una de las hipótesis legislativa de lo que debe entenderse por violencia o intimidación. Por lo tanto, la pregunta que se plantea en el párrafo anterior, tiene como única respuesta que el actuar del imputado descrita en los hechos materia de la acusación es justamente un acto que intimida a la víctima y permite al imputado sustraer y hacerse con la especie de la primera. Además y se le agregamos la circunstancia que el actuar doloso del imputado, asimismo, le causa lesiones nos encontramos en una hipótesis propia del robo con violencia.

Lo antes concluido y aseverado, se ajusta, asimismo, a lo resuelto por nuestros Tribunales de Justicia.

En efecto, en primer término, cabe citar el **fallo unánime de la Exma. Corte Suprema, Rol N°2653, de fecha 25/07/2006**, que conociendo de un recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa de uno de los condenados, a raíz de que la Corte de San Miguel recalificó los hechos de robo de cosas que se encuentren bienes nacionales de uso público a robo con intimidación, donde desestima tal medio de impugnación y estableciendo en parte de los razonamientos que expresa en el considerando 5°: “El lanzar la piedra al interior del vehículo para obtener la sustracción de la especie, constituye por lo menos una amenaza para la víctima, que le infundió temor y le impidió repelerla”.

En segundo término, cabe mencionar el fallo del **6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC N°0600693794-0, RIT N°100-2008, dictado el 14/04/2008**, donde condena por los delitos de robo con violencia los diversos hechos materia de la acusación y en donde justamente el modus operandi de parte de los diferentes imputados es lanzar piedras a vehículos que

se encuentran detenidos ante un semáforo o intersección correspondiente. Habiéndose incluso aportado en tal juicio pericias que dan cuenta de los decibeles que se producen por la rotura del vidrio de un vehículo, que a parte de causar miedo y estupor en la víctima se encuentran dentro de la esfera del dolor humano (sobre 100 decibeles persona normal y 80 decibeles en persona con limitaciones).

B. Ahora bien y en segundo término, en lo que dice relación al fallo del 4° Tribunal de Garantía que determina la irreprochable conducta anterior del imputado y, en consecuencia, decide concederle el beneficio de remisión condicional de la pena, cabe tener presente las siguientes consideraciones:

Tal como se mencionó en el acápite referido en este recurso, a los antecedentes de hecho y resolución del Tribunal, el imputado registra un sinnúmero de condenas por diversos delitos, y siendo más específico y en concreto: robo con intimidación, robo por sorpresa, homicidio, hurto simple, porte ilegal de arma de fuego, robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público, robo por sorpresa, robo con intimidación, porte de arma blanca, portar elementos conocidamente destinados a cometer el delito de robo, robo en lugar no habitado y la falta contenida en el artículo 50, Ley N°20.000, en total 15 condenas, por hechos acaecidos entre los años 2009 al 2012.

Pues bien, el Ministerio Público se opuso al reconocimiento de la atenuante consagrada en el numeral 6 del artículo 11 del Código Penal, al señalar que las Reglas de Beijing no constituyen un tratado vigente y ratificado por Chile, por lo que no se le puede considerar una Ley de la República en los términos que establece el artículo 5° de nuestra Constitución Fundamental.

A lo ya señalado cabe agregar, lo que disponen los artículos 59 de la Ley N°20.084, sobre responsabilidad penal de los adolescentes y el artículo 2° del Decreto Ley N°645, del año 1925, sobre Registro General de Condenas, que determina que las condenas de los imputados adolescentes no sólo se consideran para efectos de ser consignados en certificados incoados para ingresar a la Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y Policía de Investigaciones, sino que también cuando el Ministerio Público, los Tribunales con competencia en lo criminal y los Juzgados de Policía Local, se lo soliciten al Servicio de Registro Civil e Identificación para comprobar la reincidencia de imputados.

Es más y con el objeto de cumplir con lo dispuesto en la norma legal mencionada en el párrafo anterior, el Registro Civil lleva, en la práctica, un extracto de filiación y antecedentes propio del adolescente infractor, distinto y separado de aquel reglado para un adulto.

En conclusión, si es posible considerar las condenas previas a solicitud del Ministerio Público y Tribunales con competencia en lo Criminal, para efectos de reincidencia, resulta del todo lógico considerar en ese mismo orden de ideas que tales condenas lo privan de contar con la atenuante de irreprochable

conducta anterior. A mayor abundamiento, es el propio artículo 1° de la Ley N°20.084, sobre responsabilidad penal de los adolescentes, que señala que en lo no previsto en la misma norma, serán aplicables supletoriamente las disposiciones contenidas en el Código Penal y leyes penales especiales.

Finalmente, ni la defensa ni el fallo materia de impugnación, reseñan los argumentos jurídicos, llámese legales, doctrinarios y jurisprudenciales, que justifiquen la irreprochable conducta anterior del imputado.

### **3. Resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago**

El 16 de noviembre de 2012, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, luego de dejar el fallo en acuerdo, revocó por unanimidad la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2012, por el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, en la parte apelada, condenando al imputado de acuerdo a lo incoado por el Ministerio Público, esto es: robo con violencia e intimidación a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, más accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, a cumplir de manera efectiva.

El citado Tribunal de Alzada en los considerandos 3, 4, 5 y 6, establece, por un lado, que en cuanto a los hechos materia de la imputación, estos importan violencia e intimidación para la víctima y ayudan al hechor a actuar sobre seguro, ya que su actuación sorpresiva y violenta le impide reaccionar y defenderse a la primera, que en ese orden de ideas no se puede hablar de un robo con fuerza en las cosas, ya que el delito se llevó a cabo con violencia lo que implicó intimidación para la víctima, resultando aplicable los artículos 432, 436 y 439, todos del Código Penal. Y por otro, negando la concurrencia de la atenuante de irreprochable conducta anterior por el nutrido prontuario del imputado y citando el artículo 1° de la Ley N°20.084.

### **4. Consideraciones sobre la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago**

Cabe tener presente que de acuerdo a lo razonado y resuelto por el Tribunal de Alzada, ello se enmarca explícitamente en los argumentos expresados en el cuerpo del escrito de apelación, antes ya reproducidos, tanto en lo que dice relación con los elementos fácticos, doctrinarios, legales como jurisprudenciales reseñados, en especial, la sentencia destaca por asentar la calificación de los hechos como delito de robo con violencia e intimidación, en particular, por cuanto considera que la conducta desplegada permite al hechor actuar sobre seguro e impide la defensa de la víctima, interpretación concordante con el fallo unánime de la Excma. Corte Suprema Rol N°2653/2006, según el cual los hechos constituyen a lo menos una amenaza para la víctima, generando temor e imposibilidad de defensa.

## Sentencia

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°2730-2012, de 16 de Noviembre de 2012.

Santiago, dieciséis de Noviembre de dos mil doce.-

### VISTOS:

Se reproduce la sentencia apelada dictada en procedimiento abreviado, con excepción de las motivaciones quinta hasta la frase “grado de consumado”, sexta, séptima hasta la frase “costoso juicio oral”, y octava que se eliminan,

Y se tiene en su lugar y además presente:

1.- Que el Ministerio Público deduce recurso de apelación en contra de la sentencia dictada con fecha 25 de septiembre de dos mil doce, por la cual se condenó a Felipe Antonio Vera Guerrero a la pena de 200 días de presidio menor en su grado mínimo, más accesorias legales, como autor del delito de robo con fuerza en cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público, previsto y sancionado en el artículo 443 inciso 1ro. del Código Penal, en grado de consumado con remisión condicional de la pena; y al pago de una multa de 1/3 de Unidad Tributaria Mensual por su responsabilidad como autor en la falta de lesiones leves prevista en el artículo 494 N°5 del mismo cuerpo legal, en grado de consumado, que dio por pagada por el día que estuvo privado de libertad, sin costas.

2.- Que solicita en su recurso se modifique la sentencia en el sentido que se condene al imputado por el delito de robo con violencia e intimidación, en grado de consumado, a la pena de 3 años y un día, de presidio menor en su grado máximo, a cumplirse de manera efectiva.

3.- Que los hechos por los cuales se formalizó al imputado descritos en la motivación primera, son en resumen que: premunido de un objeto contundente, cuando la víctima enfrentaba en su auto un semáforo esperando luz verde, rompió el vidrio del copiloto, sustrayendo diversas especies, siendo detenido en las inmediaciones del lugar, con una de las especies en su poder, ocasionando además un corte en el dedo meñique a la víctima, por la fractura del vidrio.

4.- Que tales hechos importan violencia e intimidación para la víctima y ayudan al hechor a actuar sobre seguro, ya que su actuación sorpresiva y violenta le impide reaccionar y defenderse.

5.- Que la actuación descrita precedentemente se encuadra dentro de la descripción que efectúan los artículos 432, 436 y 439 del Código Penal, por lo que no pueden ser calificados como robo con fuerza en las cosas, ya que como se dijo, el delito se llevó a cabo con violencia lo que implicó la intimidación de la víctima.

6.- Que sin perjuicio de ello debe tenerse en cuenta que el imputado lo beneficia una atenuante, de colaboración sustancial, pero no puede sostenerse que posee irreprochable conducta anterior, ya que su extracto

de filiación contiene numerosos ilícitos cometidos en su etapa adolescente, por lo que no cabe establecer a su favor la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, ello en concordancia con lo preceptuado en el artículo 1° de la Ley 20.084.

Por las razones anotadas y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 364 y siguientes del Código Procesal Penal, 432, 436 y 439 del Código Penal, SE REVOCA la sentencia en alzada de 25 de septiembre de dos mil doce, en la parte apelada, y en su lugar SE DECLARA que se condena a Felipe Antonio Vera Guerrero, en calidad de autor del delito de robo con violencia e intimidación en grado de consumado, a la pena solicitada, de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo,

mas accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, pena que deberá cumplir de manera efectiva.

Regístrese y comuníquese.

Redacción de la ministra señora Kittsteiner.

N°Reforma          Procesal          Penal  
2730-2.012.

Pronunciada por la *Sexta Sala* de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo, y conformada por la ministra señora María Rosa Kittsteiner Gentile y la abogada integrante señora Teresa Álvarez Bulacio.



## PROCEDENCIA DE LA AGRAVANTE DE RESPONSABILIDAD PENAL DE REINCIDENCIA ESPECÍFICA, RESPECTO DE CONDENAS IMPUESTAS COMO ADOLESCENTE

Rodrigo Peña Sepúlveda<sup>1</sup>

### Comentario

Con fecha 4 de diciembre del año 2012 la Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N°7364-12, rechazó el recurso de nulidad de la defensa en el que se invocó como causal la del artículo 373 letra b), en relación al inciso tercero del artículo 376, ambos del Código Procesal Penal, esto es, la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, al acogerse la agravante de la reincidencia en caso de adolescente condenado como autor del delito de robo con intimidación.

El tema discutido consistía en establecer si era procedente que se pudieran considerar para configurar la agravante de reincidencia específica contenida en el artículo 12 N°16 del Código Penal, aquellas anotaciones por condenas anteriores aplicadas al acusado mientras era menor de edad.

Sobre esta materia cabe señalar que, para los casos de adolescentes infractores, dos han sido las tendencias jurisprudenciales sobre el respecto; una consiste en negarle valor, y por ende, no dar lugar a la reincidencia; y la otra, en hacer procedente los antecedentes penales pretéritos de los adolescentes en juicio actual, y con ello, aplicar la circunstancia agravante señalada. Esta última tendencia se afirma en el fallo que se comenta.

En la sentencia de la Excma. Corte Suprema se destacan los siguientes aspectos:

1. La existencia de un registro especial de anotaciones de adolescentes no puede significar una derogación tácita de normas sustantivas de carácter penal

Al efecto, el fallo analizado, en su considerando noveno, recoge una argumentación esgrimida por los sentenciadores de primera instancia quienes señalan que *“la circunstancia que la ley penal de los adolescentes establezca la existencia de un registro especial para anotar las infracciones que éstos cometan no puede ser*

<sup>1</sup> Abogado de la Unidad de Recursos Procesales y Jurisprudencia, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

*interpretado como una derogación tácita de normas sustantivas de carácter penal, entre las cuales se encuentra la modificatoria ya citada, pues sólo tiene como objetivo evitar la estigmatización posterior de los jóvenes que delinquen, sin que por ello se elimine de pleno derecho su historial delictivo”.*

Discurre además el fallo, que la propia Ley N°20.084, en su artículo 1°, inciso segundo, hace expresa referencia a la aplicación supletoria del Código Penal, por lo que dicho cuerpo legal es plenamente aplicable en el caso en cuestión, por lo que, no existiendo norma en contrario en la referida ley, el artículo 12 N°16 del Código Penal, que regula la circunstancia agravante de reincidencia específica, es perfectamente aplicable respecto de condenas obtenidas como adolescente.

A mayor abundamiento, el considerando décimo de la sentencia en análisis se refiere a las reglas de determinación de sanciones de la Ley N°20.084, norma que, en su artículo 21, obliga al tribunal a aplicar la pena a partir de un grado inferior al mínimo de los señalados en la ley para el delito correspondiente, pero que, en caso alguno, torna en inaplicables las reglas contenidas en el Título III, párrafo 4 del Código Penal (artículos 50 al 78), en lo que no sean contrarias a la referida ley. Siendo, por lo tanto, plenamente aplicables los artículos 65 a 68 del Código Penal que establecen las reglas relativas a la consideración de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

## 2. Aplicación de las denominadas “Reglas de Beijing”

En su considerando décimo tercero, el fallo en cuestión se refiere a las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores”, también conocidas como “Reglas de Beijing”. Al respecto, los ministros que concurren al voto de mayoría señalan que al no constituir estas disposiciones parte de convenciones o tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, no forman parte del ordenamiento jurídico chileno, razón por la cual no tienen carácter vinculante para nuestros tribunales de justicia, y si bien pueden ser consideradas, también pueden no serlo, más aún si ello pugna con una interpretación jurídica armónica de las normas legislativas nacionales.

Por otra parte, y en apoyo a lo ya señalado, el propio artículo 2° de la Ley N°20.084 señala en su inciso segundo que, en la aplicación de esa ley, las autoridades nacionales deben tener en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidas en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, calidad que, como dijimos anteriormente, las denominadas “Reglas de Beijing” no comparten.

### 3. Trascendencia del vicio de nulidad denunciado

Finalmente, el fallo analizado (en su considerando décimo quinto), se refiere a la inexistencia de un perjuicio que dé lugar a la causal de nulidad sustentada por la defensa del recurrente.

Al efecto resulta pertinente señalar, como reiteradamente lo ha consignado la propia Excma. Corte Suprema en innumerables fallos, que el recurso de nulidad es un recurso de carácter extraordinario, especial y de derecho estricto y que debe entenderse regido por los mismos principios y reglas generales que gobiernan la nulidad procesal. Por consiguiente, para su procedencia deben concurrir los presupuestos básicos de ésta, entre los cuales se encuentra el “*principio de trascendencia*” que, por lo demás, recoge el artículo 375 del Código Procesal Penal.

Por otra parte, y siguiendo a la doctrina mayoritaria<sup>2</sup>, uno de los requisitos que debe concurrir para que se pueda deducir un recurso de nulidad en contra de una sentencia definitiva, es haber experimentado un perjuicio con el vicio en que se funda el recurso o con la infracción de ley en que se incurre en la sentencia.

Pues bien, tal como acertadamente discurre el fallo, en su considerando décimo quinto, “...*aún en el evento de eliminarse la agravante de la reincidencia, la compensación entre la restante y la minorante del artículo 11 N°9 del Código Penal, habría generado la situación prevista en el artículo 68 del texto señalado, que permite en tal evento recorrer la pena señalada por la ley al delito en toda su extensión, esto es, entre los cinco años y un día y los veinte años de presidio, márgenes que fueron respetados por la finalmente impuesta, siendo facultad privativa de los jueces del fondo establecer su quantum preciso, aspecto en que este tribunal no tiene competencia*”.

De lo referido se observa que al reclamarse por parte de la defensa, acerca de un “*error de aplicación del derecho*”, se debe necesariamente demostrar que dicho error ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, lo que no ocurre cuando el vicio denunciado no posee la trascendencia exigida por el legislador para dar lugar a la nulidad de la resolución impugnada.

Finalmente resulta relevante indicar que el fallo en comento rechazó el recurso de nulidad en votación dividida, por cuanto los Ministros Sres. Brito y Escobar fueron del parecer de acoger el recurso.

2 Al efecto léase, por ejemplo, a MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián. *Los Recursos Procesales*. Editorial Jurídica. 2010. 1ª edición. Pp. 330 y ss.

## Sentencia

Santiago, cuatro de diciembre de dos mil doce.

### Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, por sentencia de siete de septiembre del año en curso dictada en los autos RIT N°393-2012, RUC N°1100881502-1, condenó a Ricardo Robinson Soto Cid en calidad de autor del delito de robo con intimidación en la persona de Julio Tello López, a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, además del pago de las costas de la causa, todo como consecuencia del ilícito ya señalado, acaecido en Talcahuano el 30 de agosto de 2011.

La defensa del mencionado Soto Cid interpuso recurso de nulidad, el que se admitió a tramitación por resolución de fs. 142, fijándose la audiencia del día 17 de noviembre pasado para su conocimiento, a la que concurrieron los representantes de las partes según se advierte del acta agregada a fs. 151.

### CONSIDERANDO:

**PRIMERO:** Que por el recurso interpuesto se invocó como causal la del artículo 373 letra b), en relación al inciso tercero del artículo 376, ambos del Código Procesal Penal, esto es, la

errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, relacionado con una materia en que existen diversas interpretaciones manifestadas por tribunales superiores de justicia.

**SEGUNDO:** Que el yerro denunciado se produjo en la sentencia recurrida de nulidad, en la que por acuerdo de mayoría se resolvió acoger el planteamiento del Ministerio Público, en orden a considerar respecto del acusado Soto Cid la agravante de reincidencia específica contenida en el artículo 12 N°16 del Código Penal, tomando para ello en consideración dos condenas previas a la actual por ilícitos de la misma especie, pese a la argumentación manifestada de la defensa en orden a sostener su improcedencia, ya que las anteriores anotaciones acontecieron cuando el imputado ya individualizado era menor de dieciocho años, aplicándose en la oportunidad lo dispuesto en la Ley N°20.084 sobre responsabilidad penal de los adolescentes.

**TERCERO:** Que la alegación de la defensa en torno a tal agravante se construye señalando que el artículo 10 N°2 del Código Penal establece en nuestro país la existencia de dos sistemas claramente diferenciados según la edad de quien comete los ilícitos, que en el caso de ser menores de 18 y mayores de 14, están exentos de la responsabilidad penal exigible a los adultos, pero sometidos a una legislación especial para de esa forma dar cumplimiento a compromisos asumidos por nuestro país al celebrar tratados internacionales sobre

la materia y asegurar así el modelo garantista respecto de menores infractores, en especial los emanados de la Convención de los Derechos del Niño.

Como consecuencia de lo anterior, a juicio del recurrente, y dado el carácter especialísimo de la Ley N°20.084, las sentencias condenatorias dictadas en ese sistema no pueden considerarse para construir la agravante de reincidencia, en relación a procesos seguidos contra ese mismo individuo siendo ya adulto, pudiendo incluso ver atenuada su responsabilidad por irreprochable conducta anterior, pese a haber sido condenada en el primer sistema.

Lo expresado, es perfectamente coincidente con el artículo 21.2 de las Reglas de Beijing, en el que se señala que: “Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente”, plenamente aplicable en Chile por lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N°20.084, a lo que se agrega lo dispuesto en el artículo 40 de la Convención de Derechos del Niño, numeral 1, que impone a los Estados partes el orientar sus sistemas penales juveniles hacia la reintegración del menor, apoyando la tesis de no considerar anotaciones anteriores o juveniles en las causas posteriores de los adultos y que se relaciona con el artículo 20 de la Ley N°20.084, en el que se indica que las sanciones persiguen como objetivo el formar parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena

integración social, debiendo observarse las necesidades de desarrollo e integración social del adolescente, sumado a lo que se menciona en el artículo 24 letra f) de la misma compilación, en cuanto a que el juez debe observar en la sanción las necesidades de desarrollo e integración social del adolescente, lo que comprueba que se está en presencia de un sistema de responsabilidad penal distinto al de los adultos. En consecuencia, al provenir las sanciones de un sistema penal diferenciado en que la valoración del comportamiento es absolutamente distinta de la que se realiza al mayor de edad, no es posible tratarlo como reincidente, ya que sus condenas anteriores como adolescente tienen un reproche de menor entidad, sin que puedan producir el mismo efecto que si fueran impuestas a un adulto.

En lo que toca a la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, ello se hace manifiesto al establecer de forma errada la agravante de haber cometido anteriormente delitos de la misma especie contenida en el artículo 12 N°16, la que fue compensada con la minorante del 11 N°9, quedando subsistente la de pluralidad de malhechores del artículo 456 bis N°3, por lo que de conformidad al artículo 69, normas todas del Código Penal, procedieron a regular el quantum en los grados medio y máximo del presidio mayor, excluyendo el mínimo, fijándola finalmente en diez años y un día; siendo que, de haberse aplicado correctamente el derecho, desestimada la agravante señalada de reincidencia específica, debieron compensarse la correspon-

diente a pluralidad de malhechores con la minorante de colaboración, pudiendo recorrer la pena en toda su extensión, partiendo del mínimo, fijando la sanción en cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

**CUARTO:** Que, en relación a la existencia de diversas interpretaciones sostenidas respecto de la materia de derecho objeto del recurso, emanadas de fallo de tribunales superiores de justicia, se citan y acompañan copias de aquellas sentencias que excluyen considerar las condenas impuestas a un adolescente infractor con la Ley N°20.084, para efectos de considerar la agravante de reincidencia al momento en que es adulto y comete un nuevo delito, incluso algunas que estiman procedente la irreprochable conducta anterior y el otorgamiento de los beneficios contenidos en la Ley N°18.216, y que son las correspondientes a la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°728-2010, dictada el 14 de mayo de 2010; de la Corte de Apelaciones de Rancagua, en los Roles N°s. 302-2011, 231-2011 y 73-2011, dictadas el 3 de octubre, 3 de agosto y el 25 de abril de 2011, respectivamente; de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en los Roles N°s. 245-2011, 136-2011 y 538-2010, dictadas el 4 de abril de 2011, 7 de febrero de 2011 y el 13 de julio de 2010; de la Corte de Apelaciones de Temuco en el Rol N°693-2009, dictada el 16 de septiembre de 2009; de la Corte de Apelaciones de La Serena en el Rol N°262-2010, dictada el 27 de septiembre de 2010 y de la Corte de Apelaciones de Valdivia, en el

Rol N°508-2009, dictada el 27 de noviembre de 2009.

**QUINTO:** Que, más adelante, es el turno de aquellos fallos que sustentan la tesis contraria a la defensa, siendo del parecer de considerar las condenas obtenidas por un adolescente infractor bajo el imperio de la Ley N°20.084, para efectos de considerar la agravante de reincidencia al momento en que es adulto y comete un nuevo delito, y que son las dictadas por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en los roles N°65-2010 y 254-2010, dictadas el 7 de junio de 2010 y el 4 de febrero de 2011, respectivamente; de la Corte de Apelaciones de Temuco, en el Rol N°1145-2011, dictada el 17 de enero de 2012; de la Corte de Apelaciones de Talca, en los roles N°s. 41-2012 y 321-2011, dictadas el 21 de febrero de 2012 y el 20 de septiembre de 2011, respectivamente; de la Corte de Apelaciones de Rancagua, en el Rol N°232-2011, dictada el 21 de julio de 2011; de la Corte de Apelaciones de Valdivia, en el Rol N°39-2011, dictada el 15 de febrero de 2011; de la Corte de Apelaciones de San Miguel, en el Rol N°1646-2011, dictada el 30 de diciembre de 2011 y de la Corte de Apelaciones de Valdivia, en el Rol N°210-2012, de 15 de junio de 2012.

**SEXTO:** Que, por último, la petición concreta que se plantea al tribunal es que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 385 del Código Procesal Penal se proceda a anular la sentencia, y, acto seguido, se dicte otra de reemplazo que se conforme a la correcta interpretación del

derecho, declarando improcedente la citada agravante de responsabilidad, y que efectuadas las compensaciones legales, no concurriendo otras circunstancias que considerar para regular la pena, se fije la del acusado Soto Cid en el mínimo legal previsto, esto es, cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales pertinentes.

**SÉPTIMO:** Que para la acreditación de la causal, la defensa acompañó a su libelo de nulidad prueba documental referida a copias simples de las sentencias contrapuestas, las que fueron mencionadas una a una en los motivos quinto y sexto de la presente sentencia, las que se dan por reproducidas para así evitar repeticiones inoficiosas.

**OCTAVO:** Que no existe controversia entre los intervinientes, sin que fuera hecho discutido tampoco en la audiencia, la existencia de dos condenas firmes previas impuestas al imputado Soto Cid, la primera de 31 de diciembre de 2008, como autor de un robo con violencia, seguida en el RUC N°800801244-0, RIT N°4965-2008, del Juzgado de Garantía de Talcahuano, y la de 13 de junio de 2009, también en calidad de autor, respecto del delito de robo con fuerza en lugar no habitado, correspondiente al RUC 800728309-2, RIT 4562-2008, del mismo tribunal anterior, siendo ambas prescritas bajo el imperio de la Ley N°20.084 sobre responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Tampoco la hay en cuanto a que siendo adulto ha sido considerado responsable de un

robo con intimidación cometido el 30 de agosto de 2011, en la que se le impuso la sanción de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, circunscribiéndose el debate a determinar la procedencia de la agravante de reincidencia específica del artículo 12 N°16 del texto penal, esto es, la de haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie, en relación a sentencias dictadas cuando era un adolescente, en orden a si deben ser consideradas en la determinación de la pena aplicable por el tercer ilícito, cometido como mayor de edad.

**NOVENO:** Que, al respecto, el fallo recurrido expresó, que la circunstancia que la ley penal de los adolescentes establezca la existencia de un registro especial para anotar las infracciones que éstos cometan no puede ser interpretado como una derogación tácita de normas sustantivas de carácter penal, entre las cuales se encuentra la modificatoria ya citada, pues sólo tiene como objetivo evitar la estigmatización posterior de los jóvenes que delinquen, sin que por ello SE elimine de pleno derecho su historial delictivo. A lo anterior se suma la aplicación supletoria del Código Penal, conforme lo expresa el inciso segundo del artículo 1° de la propia Ley N°20.084, cuerpo legal que por esta norma es plenamente aplicable, en lo pertinente.

**DÉCIMO:** Que, en efecto, en apoyo de la consideración anterior debe tenerse presente, además, que el artículo 21 de la legislación especial citada, ubicada en el párrafo 5°, referido a la determinación de las

sanciones, obliga al tribunal a aplicar la pena a partir de un grado inferior al mínimo de los señalados en la ley para el delito correspondiente, sin que haya norma que descarte las reglas previstas en los artículos 50 a 78 del citado texto que, precisamente, se refieren al establecimiento de las sanciones habida consideración que en ellas se hace expresa referencia -en particular los artículos 65 a 68-, al juego de atenuantes y agravantes.

**UNDÉCIMO:** Que, por otro lado, si bien el artículo 59 de la Ley N°20.084, incluyó un inciso final en el artículo 2° del DL 645 de 1925, referido al Registro Nacional de Condenas, señalando que los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y a la Policía de Investigaciones o para los fines establecidos en el inciso primero de la misma norma, debe igualmente destacarse que en él se consigna que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley N°19.628, sobre protección de datos de carácter personal, el Servicio de Registro Civil e Identificación comunicará al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los juzgados de policía local, en su caso, los datos que soliciten para comprobar la reincidencia de los imputados, clara referencia legal de la vigencia de la agravante respecto de los menores, careciendo de toda lógica el argumento sostenido por la recurrente de que sólo se aplicaría al subsistema de la Ley

N°20.084, pues dicha interpretación dejaría en una situación más gravosa a los adolescentes, respecto de quienes si se aplicaría, y no de aquellos que vuelven a delinquir siendo adultos.

**DUODÉCIMO:** Que, a lo anterior, cabe agregar que el artículo 3° del DL 645 de 1925, dispone que el prontuario incluirá todas las sentencias condenatorias definitivas y ejecutoriadas por delitos u simples delitos, así como las faltas a que se refieren las normas que en ella misma se citan, incluyendo la forma en que fueron cumplidas o las causas por las que no ocurrió, ya sea en todo o parte, sin efectuar ninguna diferenciación de aquellas impuestas a menores de edad.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, en lo que respecta a la aplicación de las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores”, también conocidas como “Reglas de Beijing”, lo cierto es que el artículo 2° de la Ley N°20.084 señala en su inciso segundo que en su aplicación, las autoridades nacionales deben tener en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidas en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, siendo que las citadas directrices o recomendaciones no han sido incorporadas al ordenamiento jurídico chileno, desde que no han sido aprobadas como convención ni tratado internacional por Chile, sin que la ley nacional

especial contenga ninguna disposición que las haga procedentes, de manera tal que no son vinculantes.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, no debe olvidarse que las directrices invocadas por el recurrente de autos, que se refieren a la protección de la intimidad de los jóvenes a no ser tratados como delincuentes a priori y evitar los efectos adversos que pueden resultar de la publicación de sus antecedentes, instando a asegurar la confidencialidad de los registros de sus condenas datan de 1985, por lo que necesariamente fueron conocidas por el legislador nacional al momento de promulgarse la Ley N°20.084 de 2005, de forma tal que al consignarse expresamente, conforme se dijo anteriormente, la procedencia de las agravantes en la determinación de la penas y en particular de la de la reincidencia, son una clara manifestación del parecer legislativo a reconocer su plena vigencia.

**DÉCIMO QUINTO:** Que, a mayor abundamiento, tampoco se advierte el perjuicio imprescindible para configurar la causal alegada, desde que se debe configurar un yerro de derecho sustancial, presupuesto básico para el éxito del arbitrio de nulidad opuesto, requiriéndose un efecto trascendente y concreto, de suerte que su constatación implique una real variación respecto de lo que racional y jurídicamente debería decidirse y lo que efectivamente se resolvió en la sentencia impugnada, toda vez que aún en el evento de eliminarse la agravante de la reincidencia, la compensación entre la restante

y la minorante del artículo 11 N°9 del Código Penal, habría generado la situación prevista en el artículo 68 del texto señalado, que permite en tal evento recorrer la pena señalada por la ley al delito en toda su extensión, esto es, entre los cinco años y un día y los veinte años de presidio, márgenes que fueron respetados por la finalmente impuesta, siendo facultad privativa de los jueces del fondo establecer su quantum preciso, aspecto en que este tribunal no tiene competencia.

**DÉCIMO SEXTO:** Que, como consecuencia de lo expresado, aparece que, tratándose de la circunstancia agravante del artículo 12 N°16 del Código Penal, rige plenamente la potestad jurisdiccional para considerar su configuración al caso, que el ordenamiento procesal y penal vigente confiere de a los jueces de la jurisdicción criminal, de forma tal que no ha podido configurarse el yerro de derecho sustentado por la defensa, lo que conlleva a desestimar el libelo de nulidad.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad deducido en lo principal del escrito de fojas 27, por la defensa del condenado Ricardo Robinson Soto Cid, contra la sentencia de siete de septiembre de dos mil doce, cuya copia corre agregada a fs. 1 y siguientes de este legajo, emitida en el proceso RUC 1100881502-1, RIT 393-2012, la que en consecuencia **no es nula**. Acordada con el **voto** en contra de los **Ministros Srs. Brito y Escobar** quienes fueron del pare-

cer de acoger el recurso de nulidad interpuesto, procediendo a anular la sentencia recurrida y de conformidad al artículo 385 del Código Procesal Penal dictar la correspondiente sentencia de reemplazo, fijando en ella la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo al acusado Soto Cid, ello en atención a los siguientes argumentos:

1.- Que los diversos Tratados Internacionales ratificados por Chile relativos tanto a la protección como al Juzgamiento de los menores, principalmente el Pacto de San José de Costa Rica de 1991 y la “Convención sobre los Derechos del Niño” aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, permiten hacer exigibles las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores”, o “Reglas de Beijing” (Asamblea General Naciones Unidas, Resolución 40-33 de 23 de noviembre de 1985) en el ámbito judicial chileno, en aras del objetivo fundamental trazado en los antedichos Tratados y demás instrumentos internacionales sobre la materia cual es el dar la debida protección a los derechos fundamentales de los niños y adolescentes en todas sus manifestaciones.

2.- Que aun cuando la materia en análisis no ha sido pacífica dentro de la Jurisprudencia de las diversas Cortes de nuestro país, lo concreto e indiscutible es que el ordenamiento jurídico chileno, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el inciso final del Artículo 5° de la Constitución, considera como

principio el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, entre los cuales se encuentra el velar por el completo desarrollo de los menores.

3.- Que la Ley 20.084 dictada con posterioridad a las Reglas de Beijing, expresamente reconoce el rol orientador de los instrumentos internacionales, disponiendo en su artículo 2°, inciso 2°, que “las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.”

El Mensaje del Ejecutivo, al someter a trámite legislativo el proyecto de la ley en cuestión, precisó que las disposiciones propuestas recogen las más recientes innovaciones legislativas del derecho comparado aludiendo, entre otras, a las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores.

4.- Que, por el sistema de responsabilidad penal especial implantado a partir de la Ley 20.084 se busca conciliar la necesidad de sancionar las conductas ilícitas en que incurran los adolescentes con la circunstancia de pertenecer a un grupo etéreo cuya característica más relevante es ser sujetos en desarrollo, precisando su artículo 20 que “las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que come-

tan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”.

Esta norma tiene como fuente informadora la Convención Sobre Los Derechos del Niño ratificada el 13 de agosto de 1990, cuyo artículo 40.1 dispone que en el tratamiento seguido respecto de menores infractores de leyes penales debe tenerse en cuenta “la edad del niño y la importancia de promover la reintegración social del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad”.

La cita del antedicho Convenio es relevante, dentro del contexto de lo que se viene revisando, ya que en su texto de aprobación se mencionan las Reglas Mínimas de Beijing.

5.- Que la Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 29 de noviembre de 1985, invita a sus Estados Miembros, entre los cuales se encuentra Chile, a que siempre que sea necesario adapten su legislación, sus políticas y sus prácticas nacionales, sobre todo en la esfera de la formación personal de la justicia de menores, a las “Reglas de Beijing”, e insta a las organizaciones, intergubernamentales y no gubernamentales, a adoptar las medidas necesarias para asegurar un esfuerzo concertado y sostenido, dentro de sus respectivas áreas de competencia técnica, para aplicar los principios contenidos en las “Reglas de Beijing”.

Se trata de un explícito mandato a aplicar principios generales de un derecho que trasciende el ordena-

miento jurídico nacional por ser inmanente a la naturaleza humana que, por lo mismo, no tiene fronteras.

6.- Que el derecho internacional no sólo está integrado por aquellos instrumentos celebrados entre Estados (tratados, pactos, convenios etc.) sino que también por los principios generales del derecho. Dentro de las Reglas de Beijing, Principios Generales, en la regla 1.4 se previene que “La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de la justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad” (principios que son recogidos por la Ley N°20.084); y como regla específica (21.2.), consecuencia del principio antes anotado, se dispone que los registros de menores delincuentes no deben ser utilizados en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente”.

7.- Que en este mismo orden de ideas debe tenerse en especial consideración que según la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza (art. 29 letra d), siendo una de sus disposiciones aquella que establece que toda persona tiene derecho a ser oída, *con las*

*debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella. (ART. 8).*

Pues bien, las Reglas mínimas de Beijing, que constituyen un acto internacional de similar naturaleza al Pacto de San José de Costa Rica, tienen por objetivo sentar los principios generales y las condiciones mínimas para garantizar una adecuada administración de Justicia de menores, y aun cuando en el presente caso el juzgado sea un adulto, lo concreto es que se está considerando como agravante un acto delictual ejecutado cuando pertenecía al grupo etéreo de los adolescentes, al que tanto el ordenamiento jurídico nacional como internacional otorgan un tratamiento diferenciado, con privilegios, entre los cuales debe reconocerse el impedimento de considerar su actividad delictiva de adolescente.

8.- Que lo razonado en los motivos anteriores permite a los disidentes arribar a la conclusión de que las Reglas de Beijing, deben ser aplicadas aun cuando no tengan la categoría de Tratado Internacional, porque expresamente la Convención Sobre Los Derechos del Niño ratificada el 13 de agosto de 1990 que es un tratado ratificado por Chile insta por la aplicación de los principios contenidos en dichas Reglas. Una cuestión como la que nos ocupa en que se pretende considerar un antecedente penal pretérito generado cuando el imputado era adolescente debe resolverse por la vía de la aplicación de los principios y reglas internaciona-

les recogidas y contenidas en la Ley N°20.084, lo cual también implica optar por el principio “pro homine”, solución que en nada contradice al derecho interno chileno.

9.- Que, finalmente, en abono a las conclusiones que se vienen desarrollando, resultaría ilógico, que nuestra legislación reconozca las especiales características de un sujeto en desarrollo como es el adolescente y le aplique un estatuto punitivo diferenciado y más benigno en cumplimiento de los principios que inspiran las últimas reformas relativas a menores de edad, cuya fuente proviene precisamente del derecho comparado y de los instrumentos internacionales, para permitir que esa conducta juzgada y sancionada bajo ese estatuto especial, perdure en el tiempo y sirva para agravar penas futuras, puesto que, de algún modo, ello implica olvidar los particulares fines asignados a la pena ya referidos en el numeral 4 de esta disidencia, una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social, con los que jurídicamente no es posible justificar la agravación de las conductas.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Suplente Sr. Escobar.

Rol N°7364-12.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Haroldo Brito C., Juan Fuentes B., Juan Escobar Z. y los abogados integrantes Sres. Jorge Baraona G. y Luis Bates H.



