

INFORMES EN DERECHO

DOCTRINA PROCESAL PENAL 2016 - 2018

- Sobre la estafa
Gustavo Balmaceda Hoyos
- La Ley 20.931 sobre "agenda corta"
María Inés Horvitz L.
- Sobre la procedencia de apreciar un delito de robo con homicidio y otras consideraciones jurídicas en los hechos investigados por la Fiscalía Local de Coquimbo
Luis Rodríguez Collao
Guillermo Oliver Calderón
- Relación entre los delitos de secuestro y detención ilegal en el sistema del Código Penal
Alex Van Weezel

Nº19 • Julio 2019

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

INFORMES EN DERECHO

**DOCTRINA PROCESAL PENAL
2016 - 2018**

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública
Santiago de Chile • Julio de 2019

© Defensoría Penal Pública
Libertador General Bernardo O'Higgins 1449, torre I, piso 8.
Santiago.

“Prohibida su reproducción, almacenamiento o transmisión,
de manera alguna y por cualquier medio sin autorización
previa del autor y los editores”.

Registro de Propiedad Intelectual N° 307282
Santiago, Chile.

I.S.B.N. N° 978-956-8349-04-2 (Obras Completas)

I.S.B.N. N° 978-956-8349-53-0 (Volumen 19, primera edición).

Producción y Edición:
Defensoría Nacional
Defensoría Penal Pública

Índice

I. SOBRE LA ESTAFA	9
I. Introducción	9
II. Estafa: tipo objetivo	10
1. Cuestiones preliminares	10
2. El engaño típicamente relevante	18
3. El error	25
4. La disposición patrimonial	27
5. El perjuicio	30
III. Estafa: tipo subjetivo	31
1. Dolo	31
2. Ánimo de lucro	32
IV. Breve análisis del tipo contenido en el artículo 468 CP	32
1. Cuestiones preliminares	32
2. Causales (hipótesis ejemplificadoras)	34
V. Eventual subsunción del tipo en el caso concreto	35
1. Exposición de las teorías del caso	35
II. LA LEY 20.931 SOBRE “AGENDA CORTA”	55
I. Introducción	55
II. Situación de la policía represiva en algunos sistemas del del derecho comparado y el modelo chileno	58
III. Ampliación de las actuaciones policiales autónomas del Art. 83 CPP	63
1. Actuaciones de la policía sin orden previa: resguardo del sitio del suceso	63
2. Actuaciones de la policía sin orden previa: flagrancia	67
IV. Ampliación de las facultades autónomas de la policía contempladas en los Arts.129 inciso final, en relación al Art. 215 CPP	73
V. La reforma del Art. 206 CPP	79
VI. Conclusiones	81
VII. Bibliografía	85

III. SOBRE LA PROCEDENCIA DE APRECIAR UN DELITO DE ROBO CON HOMICIDIO Y OTRAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN LOS HECHOS INVESTIGADOS POR LA FISCALÍA LOCAL DE COQUIMBO	87
I. Introducción	87
1. Relación de los hechos	88
2. Delito de robo con homicidio	91
3. Algunos aspectos dogmáticos de la culpa y de la imputación objetiva del resultado	94
4. Autoría y participación	97
5. Posibilidad de que la violencia o intimidación posterior a la apropiación configure un delito de robo	100
6. Procedencia de apreciar un delito continuado de robo con fuerza en las cosas	104
7. Iter criminis en el robo con fuerza en las cosas y, en particular, sobre la posibilidad de que admita la frustración	107
8. La pluralidad de intervinientes como agravante de responsabilidad penal	109
9. Valoración jurídica de los hechos	114
II. Conclusiones	120
III. Bibliografía	124
IV. RELACIÓN ENTRE LOS DELITOS DE SECUESTRO Y DETENCIÓN ILEGAL EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO PENAL	129
I. Objeto, antecedentes de hecho y estructura del informe	129
1. Objeto del informe	129
2. Antecedentes de hecho relevantes y su calificación jurídica provisional	130
3. Estructura del informe	132
II. Los delitos de secuestro y detención ilegal	132
1. El secuestro previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal	133
2. La detención ilegal prevista en el artículo 148 del Código Penal	136
3. Aplicación del tipo penal de secuestro a detenciones practicadas por funcionarios públicos en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre derechos humanos	142
4. No es posible subsumir los hechos del caso bajo el tipo penal de secuestro	147

III. ¿Responsabilidad penal por un eventual resultado lesivo?	148
1. Objetivo y definiciones	148
2. Consideraciones de derecho procesal penal	149
3. Consideraciones de derecho penal sustantivo	158
IV. Obediencia de órdenes antijurídicas	170
1. Naturaleza de la eximente	171
2. Requisitos de la eximente	175
3. Aplicación al caso concreto	178
4. Atenuante de eximente incompleta	180
V. Conclusiones	181

I. Sobre la estafa

Gustavo Balmaceda Hoyos

Abogado (Universidad de Chile). Doctor en Derecho Penal (Universidad de Salamanca, España). Director del Departamento de Derecho Penal (Universidad Andrés Bello, Chile). Profesor de Derecho Penal (Universidad de los Andes, Chile).

I. Introducción¹

Según se desprende de la formalización en la presente causa, la figura típica que se pretende aplicar es, concretamente, el artículo 468 del Código Penal, en relación con el artículo 467, inciso final, del mismo cuerpo normativo.

En concreto, el artículo 468 del Código Penal prescribe que: “Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante.”, mientras que el último inciso del artículo 467 del mismo Código señala: “Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales”.

¹ Abreviaturas utilizadas: CA= Iltma. Corte de Apelaciones; CP= Código Penal; CS = Excma. Corte Suprema de Justicia de Chile; et. ál. = Et álíi (y otros); FM = Revista Fallos del Mes; GJ = Revista Gaceta Jurídica; GT = Revista Gaceta de los Tribunales; passim = en lugares diversos; RDJ = Revista de Derecho y Jurisprudencia; RIT = Rol Interno del Tribunal; Secc. Crim. = Sección criminal; SCA = Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones; SCS = Sentencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia de Chile; SJG = Sentencia del Juzgado de Garantía; STOP = Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal.

Sin perjuicio del estudio concreto del tipo contenido en el recién referido artículo, que se efectuará más adelante, conviene previamente efectuar un análisis general y omnicomprensivo de la estafa para, de esta manera, entender de mejor forma la figura contemplada en el ya mencionado artículo 468 del Código Penal; y, de esta forma, analizar correctamente su pertinencia en el caso que nos convoca.

II. Estafa: tipo objetivo

1. Cuestiones preliminares

1.1. Definición

Nuestro Código Penal no ha señalado un concepto de estafa, ni tampoco la de sus elementos más característicos, como son el engaño y el perjuicio. Por ello, ha sido la doctrina y la jurisprudencia quienes han asumido la labor de otorgar conceptos aplicables a la materia². De esta manera, y a modo de ejemplo, encontramos que la estafa o defraudación ha sido conceptualizada como:

a) “(...) [D]isposición patrimonial perjudicial tomada por un error, el cual ha sido logrado mediante ardidés tendientes a obtener un beneficio indebido” (Soler);

b) “(...) [L]a conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno que, determinando un error en una o varias personas, las induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero” (Antón Oneca);

c) “(...) [E]s un perjuicio ocasionado mediante engaño al patrimonio, con intención de enriquecimiento” (Mezger);

d) “(...) [C]omo una especie de defraudación, o sea, lesión contra el patrimonio de una persona, sin su voluntad, generalmente con ánimo de lucrarse,

2 En cuanto a los elementos constitutivos de este delito, como el engaño o el perjuicio, se analizarán en el respectivo apartado.

interviniendo engaño (...) pueden estimarse como estafas todos los artificios, astucias o maniobras empleados para inducir a un tercero a recibir, como conformes a un título obligatorio, las especies que deben entregársele, siendo que no están conformes en realidad con dicho título, y todo otro perjuicio patrimonial causado a una persona, generalmente con ánimo de lucrarse mediante engaño” (Del Río)³.

En cuanto a la jurisprudencia, ésta “(...) ha tenido el propósito de definir a la estafa, señalando: a) la estafa es una defraudación por engaño (GJ N° 159 CS 1993 p. 115); b) “...sin lugar a dudas que el acusado intentó engañar a un tercero, es decir, llevó a cabo una actividad simulante idónea, una mentira inserta en un despliegue engañoso externo, un ardid, maquinación o mise en scène, tendente a producir un error o una falsa representación de la realidad en la víctima, en virtud del cual ésta dispusiera patrimonialmente (lo cual supone un acto de voluntad por el cual el afectado que provoca una disminución de su patrimonio o del patrimonio de un tercero) con lo cual se pretendía provocar un perjuicio o daño o menoscabo en el patrimonio del afectado” (STOP de Santiago [2°] 16/05/2008, RIT 48-08. Similar, STOP de Punta Arenas 26/02/2007, RIT 172006); c) “...estafa, es quien hace adoptar a otro, con ánimo de lucro, una disposición patrimonial que resulte perjudicial para sí o para terceros mediante un despliegue de medios engañosos tendientes a provocar en la víctima el error acerca de la conveniencia de su decisión” (STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08); d) “...es un perjuicio ocasionado mediante engaño al patrimonio, con intención de enriquecimiento [...] la apropiación ilegítima de valores patrimoniales ajenos, de un modo gratuito y por medio de un engaño [...] es la disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, el cual ha sido logrado mediante ardidés tendentes a obtener un beneficio indebido [...] es la conducta engañosa que determinado error en una o varias personas, las induce a realizar un acto de disposición que se traduce en una consecuencia lucrativa para el agente” (STOP de Santiago [3°] 18/06/2007, RIT 112-07)⁴.

3 Todos citados por Silva Silva, Hernán, Las estafas doctrina, jurisprudencia y derecho comparado, 2da edición actualizada y aumentada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 32-34.

4 Con bastantes referencias, véase Balmaceda Hoyos, Gustavo, El delito de estafa doctrina y jurisprudencia, Abeledo Perrot-Legal Publishing Chile, Santiago, 2012, nota al pie número 7, p. 4.

A mayor abundamiento, y en cuanto a los elementos constitutivos de este delito, la jurisprudencia ha señalado que: “(...) ..son requisitos típicos, a saber, el engaño, un error en el sujeto pasivo, acto de disposición de parte del ofendido, perjuicio patrimonial, y relación de causalidad”. ‘El engaño, es la simulación o disimulación capaz de inducir a error, siempre importa una conducta activa de parte del agente, desde que no existe un deber jurídico de decir toda la verdad, que ligue jurídicamente a los particulares en el manejo de sus negocios’. ‘El error, es el falso conocimiento o representación de la realidad, producido en el sujeto pasivo como efecto directo de la simulación o engaño del agente; en todo caso, supone cierta intensidad, la elaboración y creación de apariencias tales que hagan para la víctima, aunque cuidadosa en el manejo de sus negocios, mucho más difícil de lo habitual la posibilidad de salir del error, revelándose con ello, una voluntad auténticamente delictiva y no una mera transgresión a normas contractuales o civiles’. ‘El perjuicio, consiste en una disminución, real o potencial, del patrimonio del sujeto pasivo. La disposición patrimonial, es toda acción u omisión, por medio de la cual, el ofendido provoca una disminución de su patrimonio’”⁵.

A nuestro parecer, la definición de Antón Oneca es correcta pero, al efecto, debe adecuarse a las necesidades político-criminales propias del siglo XXI, lo cual, principalmente, implica normativizar –desde una óptica moderada– los diversos elementos de la estafa. Señalando, desde ya, que se requiere replantear al engaño –elemento estructural del delito– ya no como una “puesta en escena”, sino que debemos entenderlo a través de las categorías y principios propios de la teoría de la imputación objetiva del resultado; todo lo cual, abordaremos en su oportunidad.

1.2. Bien jurídico tutelado

Respecto al bien jurídico protegido por este tipo penal, debe colegirse que éste consiste en el patrimonio⁶. Dicho aserto implica, en consecuencia, separar

5 STOP de Talca 10/03/2009, RIT 105-08, citado en Balmaceda, op. cit., p. 89.

6 En sentido, ver: Valle Muñiz, José, El delito de estafa delimitación jurídico-penal con el fraude civil, BOSCH, Barcelona, 1987, p. 84; Choclán Montalvo, José, El delito de estafa, 2da edición, BOSCH, Barcelona, 2009, p. 43 y ss.; Balmaceda, op. cit., p. 13 y ss.; Antón Oneca, José, voz “Estafa”, en Mascareñas, Carlos-E. (dir.), Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1958, IX., p. 58., quién, además, propone que la buena fe en el tráfico mercantil estaría protegida, posición que “debería abandonarse la tesis de que también en la estafa se protege la buena fe en el tráfico

a los delitos cuyo objeto protegido es el patrimonio de aquellos que cautelan la propiedad, así "(...)" para destacar la diferencia con los delitos contra la propiedad (como el hurto) es importante recordar lo apuntado por Zugaldía (1988) p. 26: "La diferencia más importante entre los delitos de apropiación y los delitos contra el patrimonio es que para los primeros se necesita un perjuicio para el patrimonio de la víctima (también las cosas sin valor económico se pueden robar), aunque casi siempre existe; mientras que para los segundos es requisito imprescindible para su penalidad la iniciativa o por lo menos un intento de perjuicio al patrimonio"⁷. A mayor abundamiento: "La diferencia sustancial radica en la forma de apoderamiento de las especies. En el robo, se requiere la concurrencia de la fuerza en las cosas o la violencia e intimidación en las personas, ambos elementos descritos en la ley penal. En el hurto, la apropiación se hace por cualquier medio distinto al del robo, sin la voluntad o contra la voluntad de su dueño o con fuerza en las cosas. En la estafa, como se ha venido repitiendo, el vehículo para cometerlo por excelencia y que no puede faltar en ella es el engaño, requisito de corte intelectual o inmaterial"⁸.

Establecido lo anterior, es necesario comprender qué se entiende por patrimonio, noción que posee diversas implicancias según la teoría que se siga. Dicha cuestión no es baladí, toda vez que ello implica la delimitación precisa del bien jurídico que se pretende cautelar y, por ende, cobra relevancia para determinar los alcances efectivos y precisos del tipo penal –en otros términos,

jurídico – porque por ser un interés detrás del patrimonio no alcanzaría la categoría de "bien jurídico" –, ya que no existiría un "derecho a la verdad", porque el engaño –en sí mismo considerado– no poseería relevancia jurídico-penal, y porque la generalidad del Derecho comparado no estima consumado el delito sino hasta la producción de un daño patrimonial. De otra manera, se produciría un indeseado adelantamiento de las formas imperfectas de ejecución, motivo por el que debería considerarse que el engaño en el delito de estafa cumpliría un rol delimitador de la conducta relevante a efectos del derecho penal y, por tanto, serviría también para distinguir las diferentes acciones que atentan contra el patrimonio" (Balmaceda, op. cit., nota al pie n° 27, p. 14); en sentido diverso, y al parecer de Silva Silva, op. cit., p. 119, los conceptos de propiedad y patrimonio serían asimilables; señalando al efecto que: "Por nuestra parte, y tal como ya lo explicitamos, el término propiedad debe tomarse en su sentido amplio en nuestra legislación penal, que sería el que emplea el Derecho Constitucional, como garantía individual que es tutelada por la Constitución Política de la República de Chile. De estar de acuerdo con este predicamento, y sin perjuicio de que no habrá unanimidad de pareceres, podría estimarse que hay una identidad o similitud entre el contenido y concepción de la propiedad con el patrimonio. Debiendo, por lo tanto, incorporarse en la propiedad cualquier especie o tipo de bienes, corporales e incorporeales, muebles e inmuebles, beneficios pecuniarios, valores económicos, etc. Tampoco desconocemos que posiblemente el término más adecuado a los procesos económicos y a las teorías modernas aplicables al Derecho Penal, es distinto de los conceptos de dominio o propiedad civilistas, debiendo por ello emplearse el de patrimonio en una interpretación extensiva y plena".

7 Balmaceda, op. cit., nota al pie n° 24, p. 13.

8 Silva Silva, op. cit., p. 68-69.

el bien jurídico es un elemento esencial en el análisis e interpretación de un determinado tipo penal-. Además, en el delito en estudio, determinará –necesariamente– el concepto de “perjuicio”. A continuación, se procede a exponer las tesis más relevantes en esta materia:

a) Concepto jurídico de patrimonio: En este sentido, el patrimonio estaría conformado únicamente por aquellos elementos reconocidos por el ordenamiento jurídico como “derechos patrimoniales subjetivos”⁹, por lo cual, bajo este concepto, se excluyen las meras expectativas. Ahora bien, el perjuicio al patrimonio “(...) consistiría ‘en la pérdida de tales derechos o en su gravamen con una análoga obligación, sin tenerse en cuenta para nada si dicha pérdida es o no evaluable en dinero, lo que supone aceptar, como objeto de un delito patrimonial, también a las cosas privadas de valor económico y dotadas de un simple valor de afección”¹⁰. A mayor abundamiento, “El delito patrimonial consiste, según esta teoría, en la lesión de un derecho subjetivo patrimonial (posiciones jurídico-civiles), reconocido por el derecho privado o público, bastando con la pérdida o menoscabo del derecho, con independencia de que la cosa o bien objeto de la relación jurídica tenga valor económico o un simple valor de afección. Además, hay perjuicio con la lesión del derecho, aunque la contraprestación tenga un valor económico equivalente”¹¹. Luego, el mayor problema que presenta esta teoría, se refiere a que deja sin protección a aquellos bienes económicos que aún no se han materializado en la forma de un derecho –de índole subjetivo–¹².

b) Concepto económico de patrimonio: En términos simples, es el reverso de la teoría anterior, vale decir, sólo se considera que los bienes que poseen valor económico conforman el patrimonio, sin importar que se encuentren bajo la

9 Romero, Gladys, Delito de estafa: Análisis de modernas conductas típicas de estafa. Nuevas formas de ardid o engaño, 2da edición actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 227-228.

10 Romero, op. cit., 228.

11 Choclán, op. cit., p. 66. En este mismo sentido, Valle Muñiz, op. cit., p.81, quién señala: “En consecuencia, sólo existe lesión de derechos patrimoniales, no de posiciones económicas jurídicamente protegidas y, además, hay perjuicio tanto si la cosa objeto del delito carece de valor económico, como si la contraprestación tuviere un valor económico completamente equivalente”.

12 En el sentido similar, Romero, op. cit., p. 229: “De este modo, quizá resulte una concepción de patrimonio demasiado amplia desde el punto de vista del Derecho penal, pues se podría considerar daño patrimonial la lesión de derechos aun sin valor económico alguno y, por otra parte, habría perjuicio patrimonial aunque medie una contraprestación de valor económico equivalente (...) Pero, a la vez, de acuerdo a esta teoría, el concepto de patrimonio quedaría excesivamente reducido, puesto que existen bienes de valor económico que pudieran no estar todavía jurídicamente concretados en derechos subjetivos”.

forma de un derecho subjetivo¹³; haciendo presente que las expectativas sí se encontrarían incorporadas bajo este concepto¹⁴. De esta forma, fluye que el perjuicio, bajo esta teoría, se constituiría por la disminución efectiva –económicamente valorable– de dicho patrimonio¹⁵. La principal crítica que se le puede hacer a esta teoría consiste, básicamente, en que al no exigirse, aunque sea, una mínima vinculación jurídica entre el bien económico y el patrimonio, podrían considerarse como estafa supuestos donde el objeto es fruto de relaciones antijurídicas o, también, de expectativas ilícitas¹⁶. Adicionalmente, se ha señalado que otro problema de esta teoría consistiría en que toma “(...) como fundamento un concepto tan poco preciso como es el ‘valor económico’, lo que origina inseguridad con respecto a la ley penal. Efectivamente, ¿qué se debe entender por ‘valor económico’? La dificultad para encarar un criterio aceptable para medir el valor económico de una cosa es enorme. Y tanto es así que cabría considerar cosas que, aun con simple valor afectivo o personal para su dueño, tienen sin embargo un valor económico en el mercado, aunque sea de una peseta. Ello ya nos demuestra la relatividad del concepto ‘valor económico’. Y mucho más, si se tiene en cuenta que el valor siempre difiere para cada titular del patrimonio, según sean sus fines, es decir, se trate de un fabricante, consumidor o vendedor de la cosa en cuestión”¹⁷.

13 Choclán, op. cit., p. 67. En el mismo sentido, véase: Romero, op. cit., p. 231: “En definitiva, se podría sintetizar esta concepción de la siguiente manera: a) El patrimonio estaría constituido por los valores económicos de una persona, reconocidos o no por el Derecho. b) Por consiguiente, es posible la compensación económica del perjuicio sufrido en los delitos contra el patrimonio”; Valle Muñiz, op. cit., p. 81: “El conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables, y no los derechos, constituyen el patrimonio de una persona. En síntesis y con escasas variantes, esta es la respuesta, desde un prisma estrictamente económico, a las deficiencias que la concepción jurídica mostraba (...) Sólo los bienes valorables económicamente formarán parte del patrimonio. El Derecho Penal no puede hacer objeto de un delito patrimonial a cosas u objetos que, desprovistos de todo valor económico, sólo posean una apreciación afectiva o sentimental. Será, entonces, una cuestión exclusivamente civil”.

14 Antón Oneca, op. cit., p. 69.

15 En este sentido, Choclán, op. cit., p. 67; Romero, op. cit., p. 230; Antón Oneca, op. cit., p. 67, al manifestar: “Significa el perjuicio un empeoramiento, valorable en dinero, de la situación patrimonial en su conjunto”.

16 Clarificadora, a este respecto, es la exposición de Antón Oneca: “El concepto antes expuesto del patrimonio como conjunto de valores económicos jurídicamente reconocidos nos dará la solución del problema. Siempre que mediante el engaño se produzca la disminución patrimonial con ánimo de enriquecimiento injusto habrá estafa, aunque el engañado se propusiera también obtener un beneficio ilícito o inmoral. La conducta realizada con móviles de esta naturaleza podrá determinar el castigo del engañado por tentativa imposible, pero no es suficiente para justificar al defraudador efectivo” (Antón Oneca, op. cit., p. 69); aclarando el mismo autor que: “La [doctrina] alemana ha considerado estafa en el desigual reparto del botín entre ladrones y en el pago de mercancías intervenidas a precio inferior al que había sido pactado en el mercado negro. Lo cual es, a nuestro modo de ver, ir demasiado lejos, pues las pretensiones ilícitas no pueden ser consideradas parte del patrimonio...” (Antón Oneca, op. cit., p. 69). El agregado entre corchetes es nuestro.

17 Romero, op. cit., p. 233.

c) *Teoría mixta del patrimonio*: Como consecuencia de las deficiencias de las teorías antes expuestas, y a raíz de los requerimientos modernos en el tráfico comercial, se ha hecho necesario construir una concepción de patrimonio diferente. Así las cosas, en la presente teoría se toma como punto de inicio una base o sustrato económico, pero al efecto, se le incorporan filtros normativos para así superar los problemas propios que, como ya se revisó, generan o presentan las teorías anteriormente expuestas¹⁸. De esta forma, se arriba a un concepto jurídico-económico de patrimonio, donde este último concepto debe "(...) entenderse –como hemos adelantado– en sentido amplio, es decir, como una suma de relaciones jurídico-patrimoniales que sean idóneas de valoración económica, cuyo punto de partida para cuantificar el cómputo del perjuicio patrimonial –y éste es un elemento común con el concepto económico– consistiría en la comparación del valor del patrimonio antes y después del acto de disposición patrimonial"¹⁹; dejando en claro, empero, que solamente integrarían al patrimonio los elementos de valor económico jurídicamente reconocidos²⁰. De esta manera, a modo de ejemplo y siguiendo en esta parte la exposición de Romero²¹, se entienden incorporados al concepto de patrimonio los siguientes elementos: a) Los derechos, y b) las posiciones económicas que cuentan con protección jurídica, tales como los derechos reales y obligaciones –incluso la posesión– que detenten una apreciación económica, la expectativa de ganancia, entre otros –sin embargo, razonamos, las meras expectativas

18 Balmaceda, op. cit., p. 29; Romero, a este respecto, señala que: "En principio, esta concepción coincide en su punto de partida con el concepto económico de patrimonio, pero limita su ámbito al patrimonio protegido jurídicamente. Al respecto, (...) Frente a la concepción jurídica, esta teoría supone la limitación de los bienes patrimoniales a aquellos que poseen un valor económico (estén o no concretados en derechos subjetivos), mientras que, frente a la teoría económica, supone una importante restricción al considerar bienes patrimoniales únicamente a aquellos que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica. Desde este punto de vista, el patrimonio se podría definir 'como la suma de los valores económicos de una persona sobre los que ésta tiene poder jurídico de disposición'" (Romero, op. cit., pp. 233-234); Por otra parte, Valle Muñiz expone que: "Parece imponerse en la actualidad el abandono de posiciones extremas, y la necesaria limitación de las posturas expresadas. De este modo, admitiendo la valoración económica de los bienes patrimoniales, se hace referencia a su vinculación con el Ordenamiento Jurídico. Así, el patrimonio de una persona estará compuesto por 'la suma de los valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del Ordenamiento Jurídico'" (Valle Muñiz, op. cit., p. 41).

19 Balmaceda, op. cit., p. 30.

20 En efecto: "(...) pertenece al patrimonio todo bien de naturaleza económica mientras posea una 'aparición jurídica', sin que sea importante su reconocimiento jurídico 'efectivo' o 'real', porque debe recordarse que todo ordenamiento jurídico de nuestra órbita de cultura prohíbe las vías de hecho en la solución de los conflictos y obliga al afectado a acudir al Poder Judicial, donde la aparición jurídica se toma como base suficiente para otorgar derechos y exigir obligaciones" (Balmaceda, op. cit., pp. 18-19).

21 Romero, op. cit., p. 234.

no pueden constituir un perjuicio, como se afirmará más adelante-. Si bien existen diversas variaciones o interpretaciones de este concepto de patrimonio, y, por tanto, de los elementos que lo componen –como se acaba de exponer, a manera de ejemplo–, podemos señalar que existen algunos donde se aprecia un mayor consenso doctrinario²².

Esta es la concepción que parece adecuarse de mejor manera a las exigencias propias del derecho penal, aunque, obviamente, existen críticas al concepto, pero que no son lo suficientemente poderosas como para tornar en ineficaz esta teoría²³. Finalmente, y para efectos de la producción de la lesión patrimonial, debe señalarse que el momento o “hito delictivo” relevante para efectuar la comparación patrimonial es, precisamente, cuando se produce la disposición patrimonial²⁴.

22 Al efecto: “El acuerdo a que hacemos referencia –y que tenemos que tener presente como base de la normativización de los elementos de la estafa– alude a lo siguiente: a) integran parte del patrimonio los elementos que no tengan una desaprobación jurídica; b) forman parte del patrimonio los elementos que tengan un reconocimiento jurídico; c) son elementos del patrimonio los que cuenten con una aprobación por parte del ordenamiento jurídico; d) forman parte del patrimonio los elementos en los que existe protección jurídica, y e) por último, forman parte de él también los elementos que se definen en un derecho subjetivo patrimonial”. (Balmaceda, op. cit., p. 19).

23 A mayor abundamiento: “(...) y las exponemos únicamente para tenerlas presente a efectos del debate, como las siguientes, a saber: a) Según la opinión de Pastor –que obviamente no compartimos– estas tesis pueden tener la cara de satisfactorias –para solucionar los casos concretos que tanto la tesis jurídica como la económica no eran idóneas para responder por sí mismas–, pero, en definitiva, adolecen del defecto propio de toda construcción ecléctica, esto es, la combinación de principios jurídicos con otros de orden fáctico que se limitan de tal forma que ninguno de ellos termina aplicándose en plenitud. b) Se ha señalado también que si tal postura se pretende como aparentemente objetiva, no puede poner atención a la realidad del daño patrimonial en los supuestos en que el valor de un bien no se capta si no se tiene en cuenta la situación específica (por ello, para no incurrir en contrasentidos injustificados, terminan adoptando criterios correctivos –objetivo-individuales–, de manera que la existencia del perjuicio ya no únicamente penderá de la mengua económico-contable del haber de su titular). c) De otro lado, conceptualizar al patrimonio comenzando del elemento abstracto de una ‘mera suma de valor económico’ –en opinión de sus detractores– no es capaz para fundar vinculaciones sociales (así, un concepto puramente económico podría tener sentido en una economía dirigida, organizada y de precios fijos, pero no en un sistema en el que los precios cambian atendiendo a la oferta y la demanda)” (Balmaceda, op. cit., p. 19-20).

24 Balmaceda, op. cit., p. 20.

2. El engaño típicamente relevante

2.1. Cuestiones preliminares

En primer término, y tradicionalmente, se ha entendido a este elemento como una “puesta en escena”. De lo anterior resulta ilustrativo lo planteado por Antón Oneca, en su clásico trabajo, al decir que: “La mentira no es, pues, un delito, porque no se debe creer fácilmente en la palabra de otro; lo que la ley proscribe es una maquinación, esto es, la combinación de hechos, el arreglo de estratagemas, la organización de ardidés, en una palabra, una mise en scène que tiene por fin dar crédito a la mentira y está destinada a engañar a terceros”²⁵.

A mayor abundamiento, se ha señalado que “(...) están quienes entienden que todo aquel despliegue efectuado por el autor para engañar a la víctima y que logra tal finalidad, es un ardid. No importa de ninguna manera el análisis de las características objetivas de los recursos utilizados, sino solamente si se ha logrado el éxito en el caso concreto”²⁶. Esta visión naturalística –causalista – donde, esencialmente, el engaño se constituye como el elemento generador de la disposición patrimonial lesiva²⁷– de comprender el presente elemento en estudio, es deficiente y genera consecuencias negativas no menores. Así, conviene tener presente lo señalado por Namer, en el sentido de que: “(...) podríamos sostener que las teorías de la causalidad no pueden resolver, entre otros, casos en los que haya: - condiciones muy lejanas o en los que hay cursos causales atípicos; - condiciones que no han elevado o han disminuido el riesgo para el bien jurídico; - acciones cuyo disvalor no se ve reflejado en el resultado; - resultados que, si bien se producen por una acción que elevó el riesgo para el bien jurídico, no se encontraban abarcados por el ámbito de protección de la norma; - una intervención dolosa de un tercero; - un favorecimiento de una autolesión por parte del damnificado; haciendo nuevamente un traspaso de las teorías de la causalidad a las del ardid, cabe manifestar que éstas no podrían resolver casos que en el ámbito del delito de estafa reflejaran estas problemáticas, adelantándose como ejemplos los casos donde

25 Antón Oneca, op. cit., p. 61. Similar, Silva Silva, op. cit., p. 18, explica el concepto en los siguientes términos: “El empleo del engaño o su despliegue, que induce a error a un tercero, es lo que los comentaristas llaman la mise en scène, o puesta en escena, que está encaminada a convencer a la víctima para que efectúe la disposición patrimonial”.

26 Namer, Sabrina, Estafa e imputación objetiva, AD-HOC, Buenos Aires, 2002, p. 15.

27 Balmaceda, op. cit., p. 22.

haya un error precedente de la víctima, donde el resultado se produzca por la intervención dolosa de un tercero que también crea un error en ésta; etcétera. Como manera de superar estas problemáticas planteadas por las teorías de la causalidad, se acude hoy a la conocida teoría de la 'imputación objetiva'²⁸. Ello implica, como se adelantó en su oportunidad, que se requiere de una normativización de los elementos constitutivos de la estafa –en este caso, del engaño–²⁹, constituyéndose la causalidad como un elemento a analizar dentro del contexto operativo de la imputación objetiva de resultado³⁰. Por otra parte, la normativización de los elementos de la estafa, y del engaño en particular, permitiría la deseable aplicación –moderada– de la victodogmática, lo cual implicaría poder apreciar la responsabilidad del sujeto pasivo –en sede de tipicidad–³¹; concretamente, sus deberes de autocuidado³².

28 Namer, op. cit., p. 47-48.

29 En sentido, Valle Muñiz, op. cit., pp. 160-161, expresa: "Las doctrinas sobre la relación de causalidad carecen de eficacia – y, en el mejor de los casos, son insuficientes – para conceptualizar el engaño exigido en el tipo de estafa. Ello se debe, esencialmente, a que tal proceder es metodológicamente incorrecto. Pues la tipicidad es una categoría normativa y, como tal, sólo con criterios normativos podrá alcanzarse una satisfactoria respuesta a la adecuación típica de una determinada conducta. En otros términos, lo que al Derecho Penal importa no es tanto la relación naturalística, a descifrar en base a las reglas de la experiencia científica, entre acción y resultado, cuanto la posibilidad de imputar objetivamente, normativamente, ese resultado al hecho típico realizado".

30 Valle Muñiz, op. cit., p. 161.

31 Balmaceda, op. cit., p. 21. A mayor abundamiento: "(...) con ello se podría favorecer al rechazo del sistema causalista -naturalístico- que estimaba al delito como un proceso unilateral de generación de un resultado lesivo. No obstante, la utilización del principio de subsidiariedad por parte de la victimodogmática no parece correcta desde un punto de vista metodológico. Entonces, podemos decir que el aporte que efectuaría dice relación con llamar la atención en que las posibilidades de autoprotección de la víctima podrían ser relevantes en la conceptualización de la conducta típica y, con ello, podría ser útil para delimitar los ámbitos de responsabilidad entre autor y víctima (...)" (Balmaceda, op. cit., p. 21). Similar, Choclán ha señalado que "(...) debe proporcionarse una solución equilibrada al 'dilema victimológico', pues ignorar la contribución de la víctima a la realización del resultado supone castigar en exceso al autor, al menos en la parte que a él no es imputable; pero hacer recaer toda la responsabilidad sobre la víctima impediría valorar la parte de culpa del autor. En suma, son esencialmente correctas aquéllas posiciones intermedias que reconocen la posible eficacia exoneradora de la responsabilidad criminal, en caso de reprochable omisión por la víctima de las medidas de autoprotección disponibles y exigibles, en determinados tipos penales que explícita o implícitamente requieren una especial intensidad en el comportamiento del autor, frente al que la reacción de la víctima se muestra insuficiente (...)" (Choclán, op. cit., p. 129).

32 Así, por ejemplo, "(...) la jurisprudencia ha llegado a sostener que en este entorno un contratante diligente debió haber rechazado la entrega. Si no lo hace, se sostiene que el Derecho Penal no debería protegerlo, pues no estaría destinado a cautelar el patrimonio del imprudente, de quien acepta lo que se le dice sin detenerse a verificarlo, sino el del sujeto 'cuidadoso', es decir, a quien se lo perjudica mediante un 'ardid engañoso' que le hace imposible informarse correctamente sobre la realidad, aunque lo intente (SCS 17/07/2001, Rol 4535-00). Similar, la STOP de Santiago (3°) 22/02/2008, RIT 02-08, apunta que para que exista el delito es menester que la maquinación se encuentre revestida de formas eficientes por medio de las cuales se determine a la víctima a los efectos de la realización del acto perjudicial, ya que en nuestro ordenamiento jurídico no existiría un deber u obligación de naturaleza jurídica de decir la verdad y porque la ley penal no tiene por objetivo proteger a los ingenuos o descuidados" (Balmaceda, op. cit., nota al pie n° 272, p. 91).

En segundo término, se considera innecesario abordar aquí la tradicional y trasnochada discusión relativa a la diferenciación entre el fraude penal y civil, toda vez que "(...) el debate de la distinción de ilicitudes será, en definitiva, un problema de tipicidad que tendría que solucionarse conforme a los elementos hermenéuticos tradicionales y, como se sabe, los tipos penales tienen que cumplir un objetivo político-criminal determinado, que habría de delimitarse conforme a una interpretación 'teleológica'. Dicho con otras palabras, al engaño se le ha otorgado un protagonismo desmedido, puesto que no existe un engaño civil y otro penal, sino que 'conductas engañosas que, por cumplir las exigencias típicas, devienen penalmente relevantes'³³.

En resumen, de la exposición anterior se extraen dos conclusiones, a saber: a) el enfoque tradicional, en cuanto a la apreciación del elemento del engaño, resulta insuficiente, por tanto, es menester –a fin de que la figura misma responda a los problemas reales y actuales de nuestra sociedad– normativizar los elementos propios del delito de estafa –respetando, siempre, los valores que subyacen en las normas y, además, teniendo presente su aspecto teleológico–. Dicho proceso de normativización, acorde con lo expuesto, se debe llevar a cabo empleando la teoría de la imputación objetiva del resultado; y, b) actualmente, no tiene mayor relevancia –en la forma tradicional, al menos–, abordar el clásico debate entre el fraude civil y el penal. Explicado de forma más sencilla: según vimos más atrás, el bien jurídico protegido por la estafa es el patrimonio. Por ende, su naturaleza jurídica se corresponde a un delito de daño o resultado (el perjuicio patrimonial), igual que el homicidio, las lesiones o el aborto. ¿Entonces, por qué seguir discutiendo inútilmente sobre el asunto, en el sentido de no interpretar al delito de estafa conforme a los requerimientos de la imputación objetiva del resultado, de la misma forma que lo realiza la mayoría –por no decir, “toda”– la doctrina en relación con los delitos recién referidos?

33 Balmaceda, op. cit., p. 23. Una exposición de dicha cuestión puede encontrarse en Choclán, op. cit., p. 102 y ss.

2.2. Engaño e imputación objetiva

Como se señaló con antelación, este elemento constitutivo de la estafa –en orden a que la figura pueda hacer frente a las necesidades político-criminales actuales–, debe normativizarse lo cual, como adelantábamos, se logra aplicando la teoría de la imputación objetiva del resultado³⁴. Manifestemos, desde ya, que para estos efectos, y “(...) siguiendo a Gómez a los efectos de la tipicidad de la estafa, el engaño será ‘toda aquella conducta tendente a generar error en otra persona, realizada con fines defraudatorios, e idónea para conseguirlo’”³⁵.

De esta manera, el resultado propio del delito de estafa –el perjuicio–, sólo podrá ser imputado objetivamente al sujeto si éste, con su actuar, generó un riesgo que escapa de la órbita de lo permitido –riesgo permitido–, el cual termina concretizándose en el resultado típico³⁶⁻³⁷. Sin perjuicio de lo anterior, “(...) excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones”³⁸.

34 Conviene, para estos efectos, señalar que: “(...) entendemos que la doctrina dominante entiende que el punto central de atención es el del juicio de imputación objetiva del resultado, tanto desde un punto de vista general como en relación al delito de estafa en particular, partiendo del siguiente supuesto: asegurada la relación de causalidad conforme con la teoría de la equivalencia de las condiciones, deben agregarse criterios correctores de índole normativo que exigen la ejecución de un peligro por parte del autor y, que el mismo, no se encuentre cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo” (Balmaceda, op. cit., p. 24). Si bien escapa de los fines del presente informe el efectuar un estudio relativo al mecanismo de la imputación objetiva, conviene, al menos para efectos explicativos, tener presente las precisiones efectuadas por Namer, quien al efecto señala: “La teoría de la imputación objetiva efectúa, en primer lugar, un análisis de la propia existencia de una acción típica, al exigir que el autor con su acción debe crear un riesgo jurídicamente desaprobado, ya que sólo puede hablarse de un comportamiento típico en los delitos de resultado cuando el autor haya creado un nuevo riesgo para la producción del resultado o haya aumentado un riesgo al que el bien jurídico se hallaba sometido con anterioridad; siendo discutibles los casos en los que el autor haya disminuido el riesgo que corría el bien jurídico, o retrasado la afectación segura de éste. Por otra parte, la teoría de la imputación objetiva exige que el peligro desaprobado se concrete en el resultado típico. Esencialmente se trata de que aquel riesgo jurídicamente desaprobado se haya concretado, en base a un curso causal típicamente adecuado, en el resultado dañoso, causado por el comportamiento lesivo del autor o por sobrepasar el riesgo permitido, cuya producción podría haberse evitado en función del fin de protección de la norma correspondiente” (Namer, op. cit., p. 48).

35 Balmaceda, op. cit., p. 37.

36 Namer, op. cit., p. 54.

37 En esta misma línea, el “(...) STOP de Santiago [2°] 16/05/2008, RIT 48-08, manifiesta: ‘Así las cosas es evidente que el ardid del acusado, superó con creces el ámbito de la mera mentira, generado con ello, ex ante y conforme al criterio del hombre medio, un riesgo idóneo o típicamente relevante, para el bien jurídico de la propiedad, y por tanto objetivamente imputable al obrar doloso del acusado’” (Balmaceda, op. cit., nota al pie n° 290, p. 94).

38 Namer, op. cit., p. 54.

Lo anterior implica que, en el caso concreto, debe observarse si la conducta del agente generó un riesgo no permitido que, al efecto, terminó produciendo un resultado lesivo para el bien jurídico tutelado por la norma penal³⁹. Ahora bien, un gran inconveniente a este respecto resulta de la problemática relativa a determinar cuándo una conducta riesgosa deja de estar permitida. Para este propósito, y con el fin de ilustrar el panorama general al respecto, mencionaremos brevemente diversas teorías que se hacen cargo de esta problemática⁴⁰:

a) Teoría de la posibilidad de producción del resultado: Para esta teoría, la adecuación al concepto de peligro se satisface con la mera posibilidad de daño, independiente de si es elevada o reducida, así como si es próxima o no, vale decir, no es necesario constatar un determinado grado en cuanto a la posibilidad de concreción del daño, toda vez que, cualquier grado, resulta suficiente⁴¹. Se le critica su excesiva amplitud, lo que haría inoperante el criterio.

39 A estos efectos, y para la determinación de la conducta riesgosa, conviene tener presente lo señalado por Roxin y Traeger –quienes son citados por Namer–: “A la hora de determinar qué es lo que debe entenderse por conducta creadora de un riesgo para el bien jurídico, sostiene Roxin que ‘una conducta con la que no se pone en peligro de modo relevante un bien jurídico legalmente protegido, sólo podrá acarrear por causalidad el resultado, por lo que éste no se puede provocar finalmente de este modo. Por ello, en cuanto al punto de vista desde el que se enjuicia la cuestión de la creación del peligro, rige también la prognosis objetivo-posterior en la forma en que se ha impuesto en la teoría de la adecuación; es decir, todo depende de si un observador inteligente antes del hecho (ex ante) hubiera considerado que la correspondiente conducta es arriesgada o que aumenta el peligro. Y para ello también hay que dotar aquí al observador del eventual saber especial del autor concreto’. La fórmula de Traeger, (...) aparece como la más satisfactoria para definir el juicio de adecuación: *habrá que incluir en el juicio de adecuación aquellas circunstancias conocidas o reconocibles por un hombre prudente en el momento de la acción, más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor en base a sus conocimientos excepcionales o al azar, denominándose este juicio de probabilidad prognosis posterior objetiva*. Como podrá advertirse, la fórmula mencionada presenta la extrañeza de incorporar en el tipo objetivo cuestiones que hacen al aspecto subjetivo. Esta incorporación, sin embargo, es la que permite encerrar en el tipo penal o dejar fuera de él supuestos en los que la consideración de los conocimientos especiales del autor acerca de las características de la víctima, cambian en un todo la consideración que en abstracto puede hacerse sobre la potencialidad de la acción para producir el resultado” (Namer, op. cit., pp. 58-59). Resaltado en el original.

40 Para estos efectos, nos serviremos de la sistematización empleada por Namer, op. cit., p. 60 y ss.

41 Respecto al criterio de la adecuación, Valle Muñiz expresa: “En consecuencia, el tipo básico de estafa restringe el número de engaños típicos, exclusivamente, a aquellos que sean bastante para producir error en otro. Creemos, por tanto, que la capacidad de idoneidad del engaño («bastante») puede ser, perfectamente, reconducida a la exigencia de su adecuación. Esta afirmación no debe extrañar, si se piensa que el juicio de adecuación tiene una base, absolutamente, normativa. Es decir, sólo al engaño que cree un riesgo jurídico-penalmente desaprobado de lesión del bien jurídico, esto es del patrimonio ajeno, le puede ser imputado el resultado posterior que, además, deberá ser, precisamente, la realización concreta de ese riesgo. Por otra parte, nuestra postura es perfectamente asimilable, por ahora, a la de aquellos que utilizan el criterio del fin de protección de la norma para afirmar el carácter típico de aquellos engaños que originan o incrementan el peligro de que se produzca el resultado. Así, (...) «el fin de la norma en la estafa es circunscribir un núcleo o ámbito de acciones engañosas, desaprobadas jurídicamente, que originan o incrementan el peligro de que sobrevenga, previo el error, un daño patrimonial para la víctima», está, evidentemente, en lo cierto. Pero con ello, no hace otra cosa que reconducir la tipicidad del engaño a la idea de creación del riesgo, lo que implica, a su vez, afirmar que sólo aquellas conductas engañosas que posean una posibilidad o probabilidad objetiva de lesión típica

b) *Teoría de la probabilidad de producción del resultado*: Acorde a Namer, “Suele decirse que un resultado es probable cuando existen más posibilidades de que se produzca que de que no se produzca”⁴². La ya citada autora critica esta teoría por ser excesivamente restrictiva.

c) *Teoría intermedia o ecléctica*: En esencia, es una combinación de las anteriores –con diversas variantes–. Uniendo el criterio de la posibilidad con cierto grado de probabilidad; no logran solucionar el problema, por falta de precisión.

d) *Teoría de la previsibilidad objetiva*: “Para esta postura, siempre que exista una posibilidad, por remota que sea, de prever objetivamente el resultado, éste será imputable. Esta teoría es criticada dado que casi todo puede ser objetivamente previsible”⁴³.

Sin perjuicio de la solución que propone la autora⁴⁴, consideramos que los elementos que permiten, finalmente, determinar el riesgo permitido en la estafa son los siguientes⁴⁵:

a) La situación concreta. En este caso, se entiende que el riesgo debe superar los inherentes al propio del mercado –puesto que operar en el mercado, de por sí, implica riesgos–⁴⁶.

b) Determinación si existe un lazo de confianza con el sujeto pasivo. Y,

c) Si dicho sujeto pasivo, al efecto, observó sus deberes de autoprotección o cuidado⁴⁷.

del bien jurídico (esto es, que supongan un peligro o riesgo para el bien jurídico) deben ser incluidas entre las prohibidas por la norma penal que tipifica el delito de estafa” (Valle Muñiz, op. cit., p. 165).

42 Namer, op. cit., p. 61.

43 Namer, op. cit., p. 61-62.

44 Véase Namer, op. cit., p. 62 y ss.

45 En lo sucesivo, y para mayor detalle, véase Balmaceda, op. cit., p. 31 y ss.

46 A este respecto, y a contra sentido, resulta clarificador Valle Muñiz al manifestar que: “La aplicación en este campo del criterio del incremento del riesgo, permite negar la imputación objetiva del resultado cuando (...) «la acción se mantiene dentro de los límites de lo socialmente permitido en un ámbito concreto». O, lo que es lo mismo, cuando la conducta sea correcta en el tráfico. No existe, pues, un incremento del riesgo permitido en el comportamiento del tenaz vendedor, ni tampoco en la sobradamente conocida actitud de la publicidad comercial, por ser campos en los que están socialmente tolerados unos márgenes de inexactitud o divergencia con la realidad” (Valle Muñiz, op. cit., p. 168).

47 “(...) [Q]ue, por supuesto, son más exigentes al sujeto mercantil frente al que no pertenece a ese campo en la situación concreta (...)” (Balmaceda, op. cit., p. 31-32).

Finalmente, y en cuanto a los juicios de valor y a si se pueden contemplar hipótesis omisivas –cabe destacar que, bajo el prisma del engaño como maquinación o ardid, ello no sería posible–, se piensa que es correcto el parecer de Namer⁴⁸, en cuanto a que dichas hipótesis pueden ser admisibles y resueltas a la luz de los principios generales de la imputación objetiva. A mayor abundamiento, y en cuanto a las omisiones, la autora expresa que: “En realidad, como ya lo dije desde el principio, también este punto puede ser resuelto perfectamente con la aplicación de las reglas generales de imputación de resultados; así, si alguien tiene el deber de despejar el error de la víctima y no lo hace, habiendo descargado ésta toda su confianza previamente en esa persona, ésta habrá creado un riesgo para el bien jurídico de manera imputable si por dicha omisión la víctima entró efectivamente en error y dispuso del bien”⁴⁹. Por otra parte, y respecto de los juicios de valor, la misma autora manifiesta que: “Otra vez, nada nuevo hay bajo el sol: si el juicio de valor llevado a cabo por quien resulta ser la persona de quien se espera su emisión —a tal punto de haber sido contratada específicamente para ello—, es el que puso en error a la víctima, será imputable a su autor el resultado perjudicial. Y ello, pese a que no exista ninguna puesta en escena al margen de la mera emisión de la opinión, pues como ya se dijo, hay simples mentiras que perfectamente pueden ser las causales del error en la víctima, siendo esta potencialidad lo único que interesa a los efectos del juicio de valor de la creación del riesgo para el bien jurídico”⁵⁰. Así, y como se adelantó, se razona que ambas situaciones pueden constituir un engaño típicamente relevante, siempre y cuando –y aplicando la imputación

48 Namer, op. cit., p. 76 y ss.

49 Namer, op. cit., p. 78. En cuanto al silencio, Valle Muñiz expresa que: “(...) para que el silencio sea capaz de producir error e inducir al acto de disposición debe de manifestarse como concluyente. Ello ocurrirá, desde luego, cuando el silencio aparezca en el seno de un comportamiento complejo positivo, donde cobra relevancia no tanto la mera omisión, cuanto la acción concluyente que toda la conducta supone. Del mismo modo, devendrá concluyente aquel silencio que, en virtud de determinados parámetros, como los usos del tráfico, la existencia de un deber jurídico de manifestarse, la costumbre, la cualidad de la persona, etc., adquiera una significación engañosa evidente” (Valle Muñiz, op. cit., p. 176); el mismo autor agrega, concordando con lo expuesto y con lo que se expone, que: “(...) sólo las conductas omisivas que posean una valoración concluyente, y por tanto reconducible a un hacer comisivo, podrán ser idóneas para integrar el tipo de estafa, claro está, si además cumplen los requisitos limitadores de la imputación objetiva” (Valle Muñiz, op. cit., p. 183).

50 Namer, op. cit., p. 80. A este respecto, Choclán manifiesta que “En resumen: el juicio de valor falso (ejemplo: ¡Llévese esta prenda porque le favorece enormemente y le hace más joven!), por sí solo, no constituye engaño bastante, porque la cautela mínima exige a cada uno formular sus propias valoraciones; sin embargo, cuando se formula en determinada situación, dentro de un contexto más amplio en el que junto con otras circunstancias pueda conducir a tener como cierto determinado hecho conforme a un juicio objetivo de razonabilidad, aquel juicio de valor puede formar parte de un comportamiento complejo que llene los requisitos del engaño típico” (Choclán, op. cit., p. 111-112).

objetiva-, sean aptas para crear una situación de error; todo lo anterior, teniendo presente la posición de garante del ejecutor que, al efecto, detona o importa el consecuente deber⁵¹.

3. El error

Para Antón Oneca, el error: “Consiste en una representación mental que no responde a la realidad: ‘es una desviación de la verdad, un juicio falso, el supuesto falaz de una volición, el motivo viciado de una manifestación activa de voluntad’. La representación parcial de la realidad, pero con importantes lagunas, de modo que la idea formada de la totalidad resulte equivocada, es también un caso de error. Pero la ignorancia, esto es, la falta de representación de los hechos, no es el error causado por la conducta engañosa del agente, único que puede dar lugar a la estafa”⁵². Choclán, por su parte, expresa que: “El error es un estado psicológico de la víctima, una representación inexacta de la realidad”⁵³; por su parte, Silva estima que el error “(...) consiste en aparentar que una cosa, un hecho o algo que es falso se le tenga como verdadero y en la estafa está estrechamente ligado con el engaño que se le produce a la víctima, la que es despojada de parte de sus bienes mediante el acto de disposición patrimonial”⁵⁴; en adición, debe establecerse que “(...) se exige que la potencial víctima ‘pueda conocer el error’, un engaño dirigido a un sujeto que carezca de las facultades intelectivas ‘mínimas’, que le impidan conocer la significación y efecto de sus actos, se debería calificar como hurto y no como estafa”⁵⁵.

Ahora bien, en cuanto a la función de este elemento dentro de la estafa, Silva Silva razona que serviría de conexión entre el elemento previamente

51 Balmaceda, op. cit., p. 36. A mayor abundamiento: “A esta altura del debate, pensamos que debería afirmarse que el engaño aisladamente considerado no aporta criterio alguno para juzgar lo típico y lo atípico. En este sentido, lo relevante no será el engaño ni tampoco el engaño ‘bastante’, sino el ‘engaño bastante para producir error en otro’, el que deberá examinarse, como se ha defendido, de acuerdo a los filtros de la Teoría de la imputación objetiva” (Balmaceda, op. cit., p. 36).

52 Antón Oneca, op. cit., p. 65. De la misma manera, siguiendo al autor citado, define este elemento Romero, op. cit., p. 161.

53 Choclán, op. cit., p. 175; En sentido similar, Valle Muñiz, op. cit., p. 185, quién expresa que “(...) Se trata de un estado psicológico provocado por el autor del delito y que inducirá a la víctima a la realización de una disposición patrimonial perjudicial”.

54 Silva Silva, op. cit., p. 45.

55 Balmaceda, op. cit., p. 39.

estudiado –el engaño–, y la disposición patrimonial⁵⁶. Para Valle Muñiz, el error cumpliría dos funciones simultáneas; por una parte, implica la aptitud típica del engaño, fuera de ser consecuencia de éste y, por otra, funda o genera el acto de disposición que, finalmente, perjudica a la víctima⁵⁷; a este respecto, se razona que la función del error consistiría en circunscribir la órbita de los engaños típicamente relevantes⁵⁸.

Otro tema atingente al error típico en la estafa, consiste en aquellas situaciones en las cuales el sujeto pasivo yerra en un supuesto de incertidumbre o sospecha, lo cual “(...) para un importante sector de la doctrina española no se encuentra en estado de error el que duda, pero, sin embargo, se sostiene que la duda puede dar lugar al acto de disposición patrimonial y, en definitiva, al delito de estafa, y que tiene que excluirse la punición de supuestos en que se amplíe excesivamente el delito en examen (...) porque, de acuerdo con la imputación objetiva, el perjuicio no sería imputable al engaño debido a que la conducta no ha incrementado el riesgo no permitido”⁵⁹. Conforme con lo anterior, puede concluirse que, en supuestos de duda o ignorancia, podría contemplarse el tipo de estafa si dichos comportamientos son suficientes para provocar la disposición patrimonial lesiva⁶⁰.

Finalmente, debe establecerse la naturaleza o forma de entender el vínculo de unión entre el engaño, el error y el acto de disposición⁶¹. A estos efectos, es menester señalar, y como se desprende de toda la exposición anterior a propósito del engaño, que no sería correcto estimar el nexo propio del error desde una óptica causalista-naturalística; en contrasentido, debe utilizarse la teoría de la imputación objetiva para resolver el presente problema. Lo

56 Silva Silva, op. cit., p. 46.

57 Valle Muñiz, op. cit., p. 189.

58 Balmaceda, op. cit., p. 40. A mayor abundamiento: “(...) el error tendría que aparecer como un ‘punto de referencia’ para una descripción típica adecuada del engaño, el que sólo sería típico en la medida en que sea ‘idóneo para generar un error’ (Balmaceda, op. cit., p. 40); “De esta forma, no cabe duda, el error cumple la función restrictiva de las conductas engañosas típicamente relevantes (...)” (Valle Muñiz, op. cit., p. 190).

59 Balmaceda, op. cit., p. 40-41.

60 Balmaceda, op. cit., p. 41.

61 Desde ya, cabe manifestar que el error, en el contexto de la estafa, no es “(...) un elemento ‘autónomo’ de este delito (...)” (Balmaceda, op. cit., p. 40). Es decir, forma parte del engaño típico, en sí mismo considerado. Piénsese en la siguiente pregunta: ¿Puedes decir, te engañé, pero no me creíste? El receptor, al percatarse del error, niega entonces la entidad “típica” al engaño. Pero no significa que, a efectos típicos del delito en estudio, sea el error un elemento autónomo o diferente.

anterior, como ya se ha mencionado, fluye de la necesaria normativización de los elementos de la estafa.

4. La disposición patrimonial

Antón Oneca, en cuanto a este elemento, señala que: “El engañado ha de realizar, a consecuencia de su error, una acción u omisión que cause la disminución del propio patrimonio o del de un tercero. (...) no hace falta que el disponente tenga facultad jurídica para disponer de las cosas (...)”⁶².

También se ha afirmado que: “Por disposición patrimonial, en el sentido del tipo, debe entenderse, en consecuencia, todo comportamiento por el cual el titular del patrimonio, o del derecho de disposición sobre él, con la finalidad de cumplimiento de determinados fines, hace que el elemento patrimonial de que se trate salga de la esfera de dominio de su titular, entrando ilícitamente en la esfera de dominio del autor del delito”⁶³; a su turno, Romero conceptualiza este elemento como: “(...) el acto de afectación del patrimonio, ya sea éste un hecho que haga o no a la conservación de aquél. En el delito de estafa, la doctrina define este elemento diciendo que consiste en ‘disponer la víctima de la cosa como consecuencia del error en que ha sido inducida por el autor, en provecho de éste’”⁶⁴; Silva, por su parte, enseña que: “(...) la disposición patrimonial es la conducta por parte de la víctima por la cual entrega en forma libre y sin coacción una cosa mueble o inmueble, valores o bienes al autor del delito”⁶⁵.

Por su lado, “La jurisprudencia ha manifestado que por disposición patrimonial se debe comprender ‘...la conducta por parte de la víctima por la cual entrega en forma libre y sin coacción una cosa mueble o inmueble, valores o bienes al autor del delito [...] es la renuncia a un derecho que se tiene, en la adquisición de obligaciones, y en general, en cualquier hecho de carácter activo o pasivo que signifique un menoscabo del patrimonio, ya sea por la salida de bienes físicos o inmateriales o por no incorporación al

62 Antón Oneca, op. cit., p. 66.

63 Choclán, op. cit., p. 187.

64 Romero, op. cit., p. 189.

65 Silva Silva, op. cit., p. 50.

patrimonio de la víctima de cosas, créditos o derechos que de no mediar el engaño, habrían debido ingresar a dicho patrimonio” (STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08); o como un “...acto de voluntad por medio del cual la víctima provoca activa o pasivamente una disminución de su patrimonio...” (STOP de Santiago [4º] 20/01/2007, RIT 9606)⁶⁶. Se razona, en definitiva, que “(...) cuando hablamos de ‘acto de disposición’ en relación con el delito de estafa, debemos concederle un sentido amplio, pues no debería utilizarse la expresión como equivalente a ‘negocio jurídico’ o ‘declaración de voluntad’, en el sentido que le otorga el Derecho Civil. Por ello, no habría que exigir que el disponente tenga facultad jurídica para disponer de los objetos involucrados”⁶⁷.

En cuanto a este elemento deben hacerse ciertas precisiones:

*a) El acto de disposición no se circunscribe a una hipótesis única*⁶⁸. En otros términos, el concepto de “disposición patrimonial”, no sólo engloba aquella situación en que egresan bienes del patrimonio, sino que también: i) cuando se contraen deudas que aumentan el pasivo del patrimonio; y, ii) cuando se prestan servicios bajo engaño.

*b) Identidad necesaria entre el engañado y quién dispone*⁶⁹. Como suele apuntarse en doctrina, debe existir identidad –en cuanto a sujeto– respecto de los elementos del engaño y disposición; en otros términos, es el engañado quién debe disponer finalmente. O sea, el acto de disposición es una consecuencia necesaria del engaño y, por ende, temporalmente “posterior”. Ahora bien, esta identidad recién referida no es necesaria en cuanto a quién debe soportar el perjuicio generado por la disposición patrimonial. A mayor abundamiento, “El engañado y el disponente han de ser precisamente la misma persona, sin lo cual faltaría el lazo de causalidad entre el error y el acto dispositivo. Pero pueden ser personas distintas el que dispone y el perjudicado”⁷⁰; y “Ello presupone la identidad entre engañado y disponente, no siendo necesario, en cambio, que éste sea a su vez el perjudicado”⁷¹. En

66 Balmaceda, op. cit., nota al pie n° 261, p. 88.

67 Balmaceda, op. cit., 47.

68 Véase Choclán, op. cit., p. 187.

69 Véase Valle Muñoz, op. cit., p. 205; Antón Oneca, op. cit., p. 66; Balmaceda, op. cit., p. 47.

70 Antón Oneca, op. cit., p. 66.

71 Valle Muñoz, op. cit., p. 205.

síntesis, lo anterior nos lleva a concluir que el sujeto pasivo de este delito es, entonces, el titular del patrimonio afectado, respecto al cual no sería necesaria su identificación con el engañado o disponente.

c) Calidad de la disposición. A este respecto, y debido a que el concepto sometido a análisis debe interpretarse con amplitud a efectos penales, se razona que quién dispone no requiere detentar atribuciones jurídicas de algún tipo para efectuar el comportamiento⁷². Es decir, “[n]o importa, por tanto, la configuración jurídico-civil de la disposición patrimonial. No es relevante penalmente que aparezca como un negocio jurídico o una declaración de voluntad, no es una cuestión de forma ni de eficacia civilística, es, simplemente, una conducta que posee eficacia real sobre el patrimonio atacado. Esta es, por otra parte, la opinión absolutamente mayoritaria en la doctrina”⁷³.

d) Consciencia en la disposición. Si bien el asunto puede mostrarse como confuso, se razona que no es necesario que el sujeto pasivo sepa que está realizando un acto de traslación patrimonial⁷⁴. A este respecto, se ha señalado que “El acto de disposición es por lo regular consciente; si bien suele no serlo la disminución patrimonial por aquél determinada. Pero la regla general tiene excepciones: si se hace suscribir con engaño un documento, el engañado no sospecha que el contenido de lo que firma es un recibo en vez de la carta sin trascendencia económica que creía firmar”⁷⁵; así, y en sentido similar, Valle Muñiz enseña que: “(...) la consciencia del acto de disposición sólo puede ir referida al comportamiento en su propia materialidad. Basta con que el sujeto sea consciente de la realidad material de su acto, no vemos por qué haya que exigirle, además, que prevea las verdaderas consecuencias del mismo”⁷⁶.

72 Balmaceda, op. cit., p. 47.

73 Valle Muñiz, op. cit., p. 214.

74 Balmaceda, op. cit., p. 47.

75 Antón Oneca, op. cit., p. 66. Dicho ejemplo, empero, ha sido cuestionado. Al efecto, Romero, op. cit., p. 197, ha manifestado que: “Pero lo que ocurre es que en tal supuesto, la víctima, con su sola firma no ha hecho disposición alguna. En realidad, sólo ha puesto conscientemente su firma y, por consiguiente, existiría conciencia de la disposición si dicha firma consistiera realmente en la disposición patrimonial. Pero esto último es precisamente lo dudoso, ya que la firma constituye únicamente una parte de la disposición. En efecto, la firma sólo tiene total carácter de disposición, juntamente con la declaración debajo de la cual es puesta”.

76 Valle Muñiz, op. cit., p. 216.

5. El perjuicio

“El perjuicio patrimonial en el delito de estafa consiste en toda ‘disminución del patrimonio’ (determinada o determinable) –siempre valorable económicamente– del engañado o de un tercero, debiendo en todo caso consistir en la realización del riesgo creado o aumentado por el engaño (que se encuentre dentro de la esfera de protección de la norma del delito de estafa)”⁷⁷.

5.1. Elementos constitutivos del perjuicio⁷⁸

a) La disposición como causa mediata del perjuicio: en síntesis, el perjuicio en la estafa debe fluir, como consecuencia, del acto de disposición realizado por quién padece el engaño –otro asunto, como se apuntó previamente, será quién, finalmente, soporte dicho perjuicio–.

b) Apreciación económica del perjuicio: este elemento, esencialmente, implica que el daño que se inflige pueda ser conceptualizado en términos económicos.

5.2. Determinación del perjuicio

a) *Momento para la determinación*: la consumación de este delito se produce en el momento de la disposición patrimonial “lesiva”, es decir, cuando se realiza el acto de disposición patrimonial⁷⁹, por lo cual, en dicho momento deberá efectuarse la cuantificación de este elemento.

b) *Criterios para la determinación*: a este efecto⁸⁰, se consideran relevantes los siguientes aspectos para cuantificar la lesión patrimonial, a saber: i) debe considerarse, además de los criterios económicos, la situación jurídica del sujeto respecto del bien estafado; ii) no puede existir perjuicio si el bien no posee valor económico; iii) las meras expectativas no constituyen perjuicio; iv) es admisible la estafa con causa ilícita; v) la ilicitud civil no puede supeditar

77 Balmaceda, op. cit., p. 49; otra definición puede observarse en Antón Oneca, op. cit., p. 67, en los siguientes términos: “El perjuicio consiste en una disminución del patrimonio, ya del propio engañado que realiza el acto de disposición, ya de sujeto distinto”.

78 Para efectos de esta parte de la exposición, se seguirá la sistematización propuesta por Valle Muñiz, op. cit., p. 230 y ss.

79 Balmaceda, op. cit., p. 50.

80 Para mayor detalle véase Balmaceda, op. cit., p. 51.

la apreciación del delito de estafa; y, vi) la compensación – técnicamente hablando– elimina el perjuicio. Esto último, de lege lata, es discutible en Chile.

c) Perjuicio potencial: Éste es plenamente procedente, ya que el perjuicio “(...) también puede ser en forma de peligro, circunstancia que no transformaría a la estafa en un delito de peligro. Ello al parecer resulta de forma indudable a partir de un concepto mixto jurídico-económico del patrimonio, ya que existirían situaciones en las que, aunque no se haya producido ninguna alteración real y jurídica del bien económico en el ámbito del patrimonio – en su conjunto–, podría suceder que el bien (o el derecho) –como tal– se encuentre en peligro, situación que disminuiría el valor del bien (o del derecho) y, por lo tanto, también el del patrimonio en su conjunto. Y, en este entorno, para estimar la presencia de un perjuicio patrimonial, necesariamente debería admitirse su existencia por la mera circunstancia de contraerse una obligación, ya que, comenzando a partir de una concepción jurídico-económica del patrimonio, que siempre tendría como base un punto de vista económico, debería afirmarse que dicha acción tendría ya un valor económico incuestionable, ya que al patrimonio debería estimárselo en sentido amplio (...) De esta manera, creemos indiscutible que nadie va a comprar una pretensión del acreedor al valor nominal o normal cuando el deudor tenga problemas de solvencia”⁸¹.

III. Estafa: tipo subjetivo

1. Dolo

El dolo en el delito de estafa, exige la “conciencia y voluntad de engañar a otro produciéndole un perjuicio patrimonial a él mismo o a una tercera persona”, y él mismo debería ser “antecedente o coetáneo” al engaño, por lo que el dolo “subsiguiente” sería indiferente para constatar un delito de estafa⁸². A estos efectos, cabe señalar, la doctrina desestima la procedencia de hipótesis culposas en el delito de estafa⁸³. Debe puntualizarse, además,

81 Balmaceda, op. cit., p. 57 y 56.

82 Balmaceda, op. cit., p. 59.

83 Mayoritariamente, por la exigencia de un elemento subjetivo adicional, consistente en el ánimo de lucro; así por ejemplo, Romero, op. cit., p. 288; en la misma línea pero adicionando otros argumentos, Valle Muñiz, op. cit., p. 262-263.

que "(...) la ausencia de dolo en la estafa implica, en todo caso, la atipicidad (entonces, como la estafa no admite la forma imprudente, el error de tipo vencible, al igual que el invencible, determinaría la atipicidad del delito por falta de dolo y, con ello, la impunidad)"⁸⁴.

2. Ánimo de lucro⁸⁵

Este elemento subjetivo adicional, consistente en el enriquecimiento contrario a derecho, debe ser la finalidad del agente en la comisión del delito; en otros términos, "(...) consiste en 'la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico'. Este ánimo ha de ser 'directo' y debe poseer un 'sentido económico' (porque es la contrapartida del daño patrimonial). Tiene que concurrir como una 'tendencia subjetiva' y, por lo tanto, no se requiere –como hace el Derecho italiano– que el beneficio o provecho se logre"⁸⁶.

IV. Breve análisis del tipo contenido en el artículo 468 CP

1. Cuestiones preliminares

Según el artículo 468 del Código Penal: "Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante".

84 Balmaceda, op. cit., p. 62.

85 A favor de contemplar este elemento como parte del tipo en el ámbito jurisprudencial, véase: "(...) STOP de Punta Arenas 23/04/2008, RIT 14-08; STOP de Santiago (4o) 20/10/2008, RIT 93-08; SJG de Santiago (7º) 30/05/2007, RIT 725-06; STOP de Punta Arenas 20/11/2006, RIT 77-06; STOP de Santiago (3º) 16/06/2007, RIT 112-07; STOP de Copiapó 19/06/2006, RIT 32-06; FM N° 55 CS 1963 p. 109; SCA de Arica 23/07/2008, Rol 125-07; RDJT. LXVII Secc. IV CS 1970 p. 318; GJ N° 130 CA de Santiago 1991 p. 76; GJ N° 113 CA de Punta Arenas 1989 p. 85; SCA de Santiago 8/10/2010, rol 2039-2010. Vacilante, pero pareciendo inclinarse por aceptarlo, la SCS 28/01/2009, rol 697-08" (Jurisprudencia citada en Balmaceda, op.cit., nota al pie n° 265, p. 60).

86 Balmaceda, op. cit., p. 62-63.

En el presente artículo, como se puede apreciar, se incorpora una cláusula “genérica”, la frase “valiéndose de cualquier otro engaño semejante” y, paralelamente, una serie de hipótesis específicas. Ahora bien, y tal como señala a este respecto Silva: “La figura del artículo 468 del Código Penal, es la que los autores denominan como la estafa fundamental o la estafa típica, pero no es la figura genérica o residual del delito en estudio, pues ella, en nuestro criterio, es la del artículo 473 del Código Penal, la que en su construcción material objetiva, trata de todos los otros engaños no descritos en los artículos anteriores del párrafo, siendo por lo tanto esta última norma más amplia y englobando a la anterior”⁸⁷. El mismo autor rescata el parecer de Alejandro Fuensalida, el cual, en lo pertinente, enseña que: “Don Alejandro Fuensalida manifiesta: ‘para la existencia de las estafas de este art. 468 debe concurrir una condición que domina en todas las especies prevenidas por él, y otras especiales que distinguen la estafa de otros delitos. La primera y más importante es que los medios empleados sean suficientes para engañar al hombre que pone en sus negocios y en sus cosas siquiera la mediana diligencia que le permita su discernimiento, es decir, su inteligencia, su instrucción y la experiencia de su vida. La ley no puede ni tiene para qué penar los engaños que, con una mediana diligencia, han podido y debido prevenirse; y si los hombres son engañados por abandono de sus cosas o por imprevisiones temerarias, la ley debe dejar que sufran sus consecuencias para inducirlos a que obren con la diligencia que de ellos dependa; (...)’”⁸⁸.

87 Silva Silva, op. cit., p. 83. Dicho autor sigue en esta parte a Etcheberry en los términos que siguen: “Sin perjuicio del desglose de los artículos 468 y 473 del Código Penal, nos remitiremos a la opinión del profesor Etcheberry: ‘en efecto, el art. 468, después de señalar diversas hipótesis de engaño punible, concluye asimilando a ellas ‘cualquier otro engaño semejante’. Y el art. 473, último del párrafo, sanciona al que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores del párrafo. Por consiguiente, los ‘engaños’ reglamentados en el párrafo pueden dividirse en tres grupos: 1) Los expresamente descritos, 2) Los semejantes a los del art. 468, y 3) Los restantes engaños, esto es, no expresamente descritos ni semejantes a los del art. 468 (art. 473). Éstos últimos, por exclusión, resultan ser los ‘otros engaños’ del epígrafe, que, además, son considerados de menor gravedad que los anteriores’. “En cambio, los dos primeros grupos (salvo las formas calificadas) tienen similar penalidad. Cuando se trata de los engaños expresamente enumerados por la ley, no existe dificultad en calificarlos de ‘estafas’ y diferenciarlos de los ‘otros engaños’. Pero cuando se trata de un engaño no enumerado, es preciso tener un criterio para determinar si es semejante a los del art. 468 (sería ‘estafa’ y punible como tal) o si no es semejante a ellos (sería ‘otro engaño’, punible según el art. 473). El único criterio válido es el de examinar las distintas hipótesis señaladas en el art. 468 y determinar cuál sea su rasgo común, el elemento que las asemeja entre sí y que permite además assimilar a ellas otros engaños eventualmente no enumerados” (Silva Silva, op cit., p. 83).

88 Silva Silva, op. cit., p. 84.

2. Causales (hipótesis ejemplificadoras)

a) Defraudación mediante nombre fingido: en este caso, el engaño se concreta mediante la utilización de un nombre diverso al propio, pudiendo utilizarse un nombre existente de un tercero o imaginario, siempre que ello no importe, en definitiva, la concurrencia de la figura de usurpación de nombre⁸⁹. Obviamente, la sola utilización de un nombre falso no puede constituirse como suficiente para apreciar la estafa, es decir, deben concurrir todos los elementos ya revisados con las particularidades propias de cada uno.

b) Defraudación mediante atribución de poder, influencia o créditos supuestos: en resumen, “En los casos relacionados el autor, como la redacción lo indica, se atribuye calidades que en la práctica él no tiene, y precisamente ellas provocan el error en el sujeto pasivo o víctima. Hay una apariencia de verdad, pero en la práctica no existe el poder, la influencia ni los créditos, todo es falso o simulado y fraudulento”⁹⁰.

c) Defraudación mediante aparentar bienes, créditos, comisión, empresa o negociación imaginarios: a este respecto, “(...) el empleo de la expresión aparentar nos indica que deben crearse falsas apariencias. Aparentar bienes no es solamente decir que se los tiene, sino suscitar falsas representaciones acerca de la existencia de ellos, de manera que el sujeto juzgue por sí mismo y se decida sobre la base de esas apariencias. Agrega: (...) aparentar crédito es simular (no sólo afirmar) que se goza de él en alguna institución o con alguna persona. Aparentar comisión es fingirse encargado por alguien de algún negocio o gestión, aunque no llegue a revestir las formas de mandato. Aparentar empresas o negocios imaginarios supone proponer la realización de un negocio que se muestra como existente o por iniciarse (búsqueda del tesoro, parcelación de bosques, etc.)”⁹¹. Obviamente, y como se ha expuesto, se requiere que concurren todos los elementos de la estafa para contemplar la presente hipótesis, vale decir, no puede confundirse, por ejemplo, la mera “desventura económica” en un proyecto mercantil con una hipótesis de estafa; ello por los riesgos inherentes al tráfico mercantil o comercial como se observó y, además, teniendo presente los deberes de autoprotección en cuanto al supuesto sujeto pasivo.

89 Silva Silva, op. cit., p. 85.

90 Silva Silva, op. cit., p. 88.

91 Silva Silva, op. cit., p. 89.

d) Defraudación mediante el empleo de cualquier otro engaño semejante: Como se señaló previamente, en este supuesto se incluyen formas específicas de engaño que no están expresamente tipificadas, pero que, como se adelantó, deben presentar una identidad o gravedad similar –ello dada la existencia de la denominada estafa residual del artículo 473 del Código Penal–.

Finalmente, en especial a lo relativo al tipo subjetivo, se remite en esta parte a lo previamente señalado a ese respecto.

V. Eventual subsunción del tipo en el caso concreto

1. Exposición de las teorías del caso

1.1. Posición de la parte acusadora

1.1.1. En cuanto a los hechos y el derecho

a) Se comienza señalando que durante el año 2009 inicia una relación de amistad entre uno de los querellantes –Sr. O.– y uno de los imputados –Sr. D. F.–.

b) Posteriormente, y durante el año 2011, se imputa que los querellados –a raíz de conversaciones, reuniones, etc.– efectuaron un engaño que, a la postre, se concretaría en la compra del 50% de las acciones de una persona jurídica, la Sociedad Minera –compañía dedicada a la producción de sulfatos de cobre–. Refieren que dicho estado de engaño se habría logrado mediante la entrega de información falsa relativa al estado de la sociedad, las condiciones de la operación comercial, entre otros. En concreto, los querellantes señalan los siguientes elementos o conductas como constitutivos del engaño, las siguientes:

b.1.) En meses previos a la compraventa de la participación accionaria, los imputados habrían hecho llegar flujos de caja donde se señalaba que la sociedad era capaz de procesar trescientas toneladas de sulfato de cobre mensuales.

b.2.) Para convencer respecto de la viabilidad del negocio y del valor económico de la compañía, los imputados habrían acreditado el dominio no disputado de la pertenencia minera “La x 1 al 10” –que fue transferida a la compañía por la sociedad M.–, representada legalmente por la imputada Sra. E. C.; cónyuge del imputado D. F.

b.3.) Con la misma intencionalidad que la señalada en el punto anterior, los querellantes aducen que los imputados hicieron llegar el inventario de los bienes muebles que detentaba la sociedad; esencialmente, máquinas, equipos, etc.

b.4.) Elemento adicional que esgrimen los querellantes, para efectos de pretender constituir el estado de engaño, consiste en la existencia de derechos existentes sobre la superficie sobre la cual se emplazaba físicamente la planta de procesamiento. En concreto, uno de los imputados –Sr. P. F. C., hijo de los imputados Sr. D. F. y Sra. E. C.–, habría manifestado que poseía derechos de suelo en la Comunidad Agrícola, sobre los cuales el ya referido imputado constituyó –el 9 de enero de 2011–, usufructo a título gratuito a favor de la sociedad, el cual se mantendría de dicha forma, siempre y cuando, uno de los miembros de la familia F. participara como accionista de la sociedad.

b.5.) A continuación, señalan los querellantes, el imputado Sr. D. F. habría enviado copias simples de contratos de suministro de sulfatos de cobre que, al efecto, concordaban con la capacidad de producción de la planta. Uno de estos contratos, de fecha 25 de agosto de 2011, era entre la sociedad minera T. V. y, el segundo, con la empresa brasileña P. I. e C. S.A.

b.6.) Se agrega como elemento constitutivo de engaño, el hecho de que se acepta a los querellantes, sin reparo alguno por parte de los imputados y como supuesta medida de transparencia, como partícipes de la administración de la compañía, lo cual se lleva a efecto en la tercera junta extraordinaria de accionistas de la compañía, de fecha 5 de diciembre de 2011. Dicha administración, según se expone, se ejercería de manera conjunta, es decir, para la operatividad administrativa de la sociedad sería necesaria la concurrencia de dos firmas: por una parte, la del imputado Sr. D. F. y, por otra, la de alguno de los querellantes, es decir, el Sr. O. o su socio, el Sr. D. C. R.

c) Todo lo anterior, a juicio de la parte acusadora, constituyó un engaño suficiente que, consecuentemente, generó un estado de error que, a la postre, llevó al acto de disposición patrimonial. En concreto, los querellantes señalan que dispusieron de dos millones de dólares –en total–, a efectos de comprar el 50% de la participación accionaria de la sociedad; llevándose a efecto la misma el día 11 de enero de 2012, mediante escrituras públicas de compraventa.

d) Asimismo, los actores en su querella señalan las “circunstancias reveladoras del engaño”, las cuáles pueden resumirse en los siguientes puntos:

d.1.) Como cuestión previa, se aclara que el querellante Sr. O. se convirtió en gerente de administración y finanzas –en la misma fecha que se efectúa la compra accionaria ya referida–, además de accionista.

d.2.) En primer lugar, aducen los querellantes, se les indicó que la planta estaría operativa en un plazo de treinta días –dado que había que realizar mantenciones–, tras lo cual la misma estaría en condiciones de producir las trescientas toneladas referidas previamente; producción que, acorde a la querella, resultó ser falsa, entrando en operación la planta recién tras siete meses y con una producción que no superaba las sesenta toneladas. Pese a ello, y aduciendo motivos de confianza en los imputados, los querellantes decidieron continuar invirtiendo en capital de trabajo –concretamente, ciento noventa y cinco millones de pesos–, en su entendido que, en el corto plazo, la planta alcanzaría un buen rendimiento productivo.

d.3.) En segundo lugar, los querellantes señalan –como circunstancia reveladora del engaño–, la obtención fraudulenta –por parte del imputado D. F., quién detentaba el cargo de gerente general– de un contrato de arriendo acorde al cual, el imputado se autoarrienda la pertenencia minera “La x 1 al 10” –previamente referida–, cuya propiedad detentaba la compañía, para explotar la mina a nombre propio. Para lograr lo anterior, los querellantes señalan que se falsificó la firma y huella dactilar del querellante Sr. O., para así aparentar que se cumplía con la condición de la administración conjunta, es decir, que ambos concurren y estuvieron de acuerdo con el acto.

d.4.) En tercer lugar, los querellantes refieren una situación, que cual consiste en un proceso de mensura tramitado por los imputados –con anterioridad a la compra de la participación accionaria y sin que se les mencionara nada al respecto–, la cual poseía mayor cabida que la pertenencia minera que detentaba la compañía, es decir, “La x 1 al 10”. Continúan señalando que dicho proceso de mensura fue traspasado a la sociedad S. S.A., en la cual el principal socio es uno de los imputados, en concreto, el Sr. P. F. C.; adicionan que dicha mensura rodeaba completamente la mina presente en la pertenencia “La x 1 al 10”, lo que implicaba una afectación al patrimonio de la compañía y al patrimonio de la misma.

d.5.) En cuarto lugar, los querellantes refieren a la escritura pública de fecha 30 de marzo de 2012, acorde a la cual M. S.A. declara haber recibido el completo pago por la deuda en la cual era acreedor de la compañía –respecto a la transferencia de la pertenencia minera “La x 1 al 10”, y, además, señalando que entre los contratantes no se adeudaban sumas algunas por las ventas de bienes muebles efectuadas entre ambas partes–. Sin perjuicio de lo anterior, y dado que dicha escritura nunca se inscribió por parte de unos de los imputados –el abogado Sr. P. S., quién desempeñaba funciones en la sociedad–, M. S.A. procedió, con fecha 1 de abril de 2013, a resciliar la compraventa de la pertenencia minera “La x 1 al 10”, por falta de pago en las cuotas respectivas, ello, a juicio de los querellantes, despojó a la sociedad de su activo más trascendental.

d.6.) Todo lo anterior generó que la relación con los imputados se tornara insostenible, en términos que existirían problemas en cuanto a la información, se habría negado el acceso a los libros sociales e información importante de la compañía, todo lo cual, a su juicio, impidió realizar acuerdos que beneficiaran a la sociedad.

d.7.) Posterior a esta situación, los querellantes refieren que los imputados iniciaron un proceso de toma de control de la administración social. En concreto, y por medio de instrumentos privados, el imputado Sr. P. F. y su hermana –M. C. F. C. que, al efecto, detentaba cierta participación de la compañía–, transfirieron la totalidad de su participación accionaria al Sr. Á. P., lo cual, al efecto, implicó el cumplimiento de la condición estatuida en el usufructo constituido por el imputado Sr. P. F.; situación

que se materializa con el término del mentado usufructo gratuito mediante escritura de fecha 22 de enero de 2013. Asimismo, señalan que, en el mismo acto, el ya referido imputado se habría hecho con el dominio de los bienes muebles que, originalmente, pertenecían a la compañía.

d.8.) En adición, y con fecha 8 de abril de 2013, los querellantes refieren que el imputado Sr. P. S., en representación del imputado Sr. D. F., presentó una gestión voluntaria ante el Segundo Juzgado de Letras de la Serena con la finalidad de que don D. F. pudiese ostentar todas las atribuciones administrativas, sin necesidad de la segunda firma; gestión que, cabe aclarar, no prosperó.

d.9.) Posteriormente, y empleando lo prescrito en el artículo 58 N° 4 de la ley de sociedades anónimas, se realizó un llamado a junta de accionistas. En dicha junta, de fecha 6 de junio del año 2013 y que, al efecto, se efectuó en la notaría Fernández Mora. En dicha oportunidad, aducen los querellantes, no se constituyó legalmente y, al no existir acuerdo en la calificación de poderes, los querellantes se retiran antes de que la junta se declare constituida. Sin perjuicio de ello, sostienen que la junta se realizó igualmente –sin poseer los quórums necesarios–, donde, finalmente, se decidió que la administración de la compañía quedaría, exclusivamente, en manos de los imputados Sr. D. F. y P. F.

e) A raíz de todo ello, y concretamente de un acto de disposición patrimonial, los querellantes reclaman un perjuicio ascendente a los dos millones quinientos sesenta y cuatro mil dólares.

f) En cuanto al derecho, los querellantes invocan la hipótesis final del artículo 468 del Código Penal, es decir, realizar una defraudación mediante cualquier otro engaño semejante a los descritos por dicho tipo penal.

1.1.2. Nuestra conclusión: no existe concurrencia de los elementos típicos del delito de estafa

a) Respecto al engaño. Esencialmente, los querellantes señalan una serie de conductas que, al efecto, habrían generado en ellos un estado de error. Como se observó previamente, se detalló sintéticamente los diversos elementos referidos por la parte acusadora. Ahora bien, dado que

los querellantes constituyen el engaño a través de la unión de múltiples conductas, conviene analizar este aspecto de la misma manera, es decir, conducta por conducta, para explicar el por qué de su atipicidad. Ello implicaría que si no se logra acreditar –o, por la contraparte, si se lograra acreditar– la supuesta maquinación que deberían revestir estas conductas engañosas –o a la mayoría de ellas–, no podría afirmarse que el conjunto de las mismas es idónea para generar el estado de error imputado. Dicho de otro modo, las conductas que se imputan como engaño deben, necesariamente, pasar por el tamiz de la imputación objetiva –riesgo permitido, deberes de autoprotección, etc.– y no, lisa y llanamente, realizar un juicio naturalístico de corte causalista, el cual, de realizarse, tampoco podría circunscribirse al caso.

Análisis de las conductas imputadas:

a.1.) Respecto a lo señalado en el punto b.1.) –producción mensual–, b.3) –inventario de bienes–; y, b.5) –contratos que daban cuenta, aparentemente, de la capacidad productiva de la compañía–.

A este respecto, esencialmente, los querellantes reseñan que fueron engañados respecto a la capacidad real de producción de la sociedad minera (específicamente, la planta en cuestión), alegando que, en el transcurso de los hechos, resultaba imposible que dicha compañía produjese, en el corto plazo, trescientas toneladas.

En concreto, la conducta específica correspondería a aparentar una capacidad productiva inexistente. Ello lleva a dos supuestos diversos: i) o, por una parte, la capacidad de producción era nula; ii) o, por otra, la capacidad inicialmente ofrecida era sustancialmente inferior a la real –que parece ser el supuesto que imputan los querellantes–. Ahora bien, a este respecto, cabe señalar lo siguiente –asumiendo, claro está, que eventualmente se pruebe la veracidad de los dichos de los actores–:

i) Obviamente, la producción de sulfatos de cobre requiere de una serie de equipos y elementos productivos.

ii) A este respecto, debemos centrar nuestra atención en los ya referidos deberes de autocuidado y los riesgos propios de este tipo de negocios. A este efecto, conviene tener presente lo señalado por Romero: “En la

teoría se ha negado la relación de causalidad entre el engaño y el error cuando la víctima no ha obrado con la diligencia debida. De acuerdo con ello, para que exista verdadera relación de causalidad entre el engaño y el error producido en la víctima, es preciso que el sujeto pasivo no sea negligente, es decir, que el error no provenga de su propia torpeza sino del engaño sufrido⁹².

iii) De esta manera, se hace necesario analizar la conducta desplegada por las víctimas, en orden de determinar si, a estos efectos, tomaron los resguardos necesarios. Así las cosas, los querellantes señalan, respecto de los elementos productivos de la sociedad, que "(...) en terreno verificamos la existencia de tales bienes o elementos productivos, a la luz del inventario que se nos hizo llegar por correo electrónico (...)". En adición, y en relación con la capacidad productiva de la minera, los querellantes señalan que "(...) D. F. G. (...) como gozaba de nuestra plena confianza por los motivos antes expuestos, dimos fe, sin mayores reparos, a copias simples de contratos de suministros de sulfato de cobre, que daban cuenta del giro efectivo de la compañía, concordante con el presunto nivel de producción de sulfato de cobre que decían era capaz de producir la planta".

iv) Así las cosas, y pensando que se pretende invertir una importante suma de dinero –dos millones de dólares–, se hubiese esperado una mayor diligencia en la constatación, propia de un rubro comercial “peligroso” y excesivamente técnico, como es la minería. En efecto, si el interés principal del negocio reside en la condición de producción –trescientas toneladas al mes–, lo diligente habría sido, por tanto, realizar acciones tendentes a comprobar técnicamente lo anterior que, al efecto, fueran más allá de la mera constatación de existencia relativa a los equipos o, por otra parte, de fiarse sin ulterior confirmación de ciertos instrumentos –cabe puntualizar que los querellantes señalan que se trataban de meras copias simples–. De esta manera, habría sido relevante, por ejemplo, efectuar un estudio previo o peritaje relativo a la capacidad de la planta de manera previa a la contratación o, en defecto, interiorizarse o comprobar la veracidad en los mentados instrumentos.

92 Romero, op. cit., p. 170.

v) Obviamente, el razonamiento anterior pende de la acreditación respectiva en el proceso, por lo menos, en cuanto a la afirmación de la capacidad productiva y, en segundo lugar, respecto de las eventuales pericias tendentes a acreditar la capacidad real de producción.

Utilizando una terminología más simple e ilustrando a través de un ejemplo: ¿Un comerciante de vehículos usados debe cerciorarse, por medio de la opinión técnica de un mecánico que un automóvil se encuentra en las condiciones afirmadas por el vendedor? Lo mismo puede decirse en toda actividad “mercantilmente peligrosa”, como es el retail, la banca; y, en este caso, la minería.

a.2) Respecto a lo indicado en el punto b.2), en relación con lo señalado en el punto d.3), –la cuestión relativa a la pertenencia minera “La x 1 a 10” –. A este respecto, los querellantes reseñan que fueron defraudados respecto de uno de los bienes de mayor valor poseía la sociedad minera, es decir, la pertenencia minera “La x 1 a 10”; en concreto, cabe señalar lo siguiente:

i) Efectivamente, a fojas 000137 de la carpeta investigativa, figura un contrato de venta de pertenencia minera entre M. S.A. y la compañía minera. El objeto de dicho instrumento es, precisamente, la pertenencia denominada “La x 1 a 10”.

ii) A fojas 0527 de la carpeta investigativa, figura un documento titulado “Declaración y otros acuerdos entre la compañía minera y M. S.A.”, donde, efectivamente, en el punto “segundo; acuerdos mutuos” la compañía da en arriendo la pertenencia minera “La x 10”. A este respecto, los querellantes aducen una aparente falsificación de firma y huella dactilar de uno de los querellantes –Sr. O., quién, como se reseñó, era necesario que concurriera para efectos de validez de los actos de administración–, lo cual, a la postre, habría generado la pérdida –por este acto– de un activo esencial para la compañía en la cual invirtieron.

iii) A este respecto, puede estimarse que el acto, en principio, es legítimo y real, toda vez que los informes periciales de LACRIM –a fojas 1923 y siguientes de la carpeta investigativa–, concluyen que tanto la firma como la huella dactilar del imputado eran verdaderas, es decir, no falsificadas.

iv) Tomado lo anterior como antecedente, puede asumirse, al menos en principio, que dicha actuación no fue fruto de falsificación, sino que del actuar voluntario del querellante. Simplificando el asunto, ¿puede la víctima engañarse a sí misma? Resultando la firma referida verdadera, dogmáticamente hablando, caeríamos en el absurdo de afirmar que el autor de la estafa puede engañar al disponente que no le cree, o que la víctima puede engañarse a ella misma. Así las cosas, no podría apreciarse un engaño típicamente relevante –ni siquiera engaño alguno–, toda vez que quién concurrió al acto lo hizo de forma consentida y, además, sabiendo la naturaleza de la convención, por lo cual, no podría imputarse fraude aunque, en rigor, no se estaría –en supuesto alguno– en una hipótesis de engaño, ya que, y tal como señala la parte querellante, en el comportamiento habría mediado una falsificación la cual, a la luz de los informes técnicos, no es tal.

a.3.) Respecto a lo señalado en el punto b.4) –constitución derecho de usufructo gratuito–, en relación con lo reseñado en el punto d.7) –revocación fraudulenta de dicho derecho–; en concreto cabe señalar lo siguiente:

i) Como consta a fojas 000172 de la carpeta investigativa, figura una escritura de constitución de usufructo por parte del imputado Sr. P. F. C. a favor de la compañía minera. Efectivamente, en la cláusula tercera, se establece la condición que señalan los querellantes, en cuanto a la mantención del usufructo siempre y cuando algún integrante de la familia F. tuviese participación accionaria en la compañía, además, en la cláusula cuarta, se mencionan los efectos del cumplimiento de dicho evento –de la salida de la totalidad de los miembros de la familia F.–. Posteriormente, a fojas 000178 figura un instrumento que da cuenta del término del ya mencionado usufructo, a razón del cumplimiento de la ya referida condición.

ii) Con base a lo anterior, los querellantes aducen, como se expuso, que esta conducta constituiría un plan “previamente diseñado”, en aras de: a) despojar a la sociedad de bienes esenciales –derechos de suelo donde se encuentra emplazada la planta–; b) hacerse del control de la sociedad minera; y, c) adquirir el dominio de los bienes emplazados en dicha superficie.

iii) En este lugar cabe tener presente que el acto constitutivo del usufructo, en su punto cuarto, señala: “Sin perjuicio de lo anterior, las partes

podrán acordar otra figura jurídica para la utilización de la superficie mencionada, sea mediante arrendamiento, promesa de compraventa u otra, para lo cual fijarán en su oportunidad las condiciones y requisitos para ello”. Por otra parte, el acto de terminación de dicho derecho, en su cláusula cuarta, señala: “(...) obligándose don P. S. F. C. a respetar esta obligación, en la medida que la compañía minera no le adeude suma alguna por cualquier motivo y/o circunstancia; pues en tal efecto quedarán dichas construcciones y/o instalaciones en beneficio del predio sin obligación de restitución alguna (...)”.

iv) A este respecto, con base a lo previamente transcrito y de las imputaciones efectuadas por los actores –que en resumen, podríamos agrupar como una serie de comunicaciones presuntamente defectuosas de índole defraudatoria–, cabe señalar lo siguiente:

a) Los querellantes se encontraban en conocimiento de la condición planteada en el usufructo constituido por el imputado Sr. P. F. C.; ello implica que fue perfectamente previsible por las partes pensar que, eventualmente, dicha condición podría ocurrir, es decir, no se trataba de la constitución de un derecho a “todo evento”, por lo cual, no podía desconocerse la posibilidad de la ocurrencia de la condición. Pese a ello, y como se desprende de los antecedentes y de la versión de los mismos querellantes, éstos aceptaron dicha situación. Cabe señalar que dicha condición no fue adicionada con posterioridad o inserta en el instrumento con desconocimiento de los querellantes. En otros términos, las partes aceptaron un riesgo lícito –ya que la condición no es ilícita en sí–, adecuado socialmente, por lo cual, no puede mirarse el cumplimiento de dicha condición como un engaño típicamente relevante.

b) De la escritura de término del ya mentado usufructo, puede arribarse a una interpretación jurídica diversa a la presentada por los querellantes, es decir, y según la partícula transcrita, puede establecerse que el hecho de quedarse el imputado con lo edificado en el terreno sólo puede verificarse tras constatarse alguna acreencia entre su persona y la sociedad minera –cuestión que no detalla tampoco la parte actora–. Es decir, no se desprende que haya operado la transferencia de dominio aludida, porque no se ha acreditado que haya concurrido el supuesto necesario o gatillante para ésta.

c) Al tenor de la escritura de constitución, en su cláusula cuarta, se señala claramente que, pese a que se produzca el término del usufructo, las partes pueden acordar alguna otra forma “contractual” que permita continuar utilizando dicha superficie –por ejemplo, se señala a título de arriendo–.

d) Toda la concatenación anterior, observada en su conjunto y del actuar de los querellantes, permite establecer –salvo que se aportara otro tipo de antecedente adicional, al parecer, inexistentes– que dichas conductas se encuentran dentro de los riesgos socialmente tolerados en este tipo de actividad; enfatizando, particularmente, el hecho de que las supuestas víctimas aceptaron necesariamente el riesgo inherente contemplado en la cláusula cuarta del instrumento constitutivo del usufructo. A mayor abundamiento, no aparece que dichas conductas hayan irrogado, al menos inmediatamente, un perjuicio típico en los términos planteados por la parte acusadora –pérdida de activos y del dominio de éstos–, ya que siempre existió y se estableció la posibilidad de continuar utilizando dicho predio bajo otra forma o título –como un contrato de arriendo–. En conclusión, lo que en la querrela se califica de engaño típicamente relevante, puede correctamente ser ponderado como la asunción de un riesgo permitido propio del mundo contractual negocial, donde la aceptación libre, informada y espontánea de los partícipes, avala dicha asunción o aceptación –el cumplimiento de una cláusula contractual válida no es, al efecto, un supuesto que detone un riesgo no permitido, al contrario, el término de un derecho por una condición previamente aceptada y conocida es, más bien, la mera realización de la voluntad contractual–.

a.4) Respecto a lo señalado en el punto b.6) –la participación anticipada en el directorio como supuesta conducta engañosa–, cabe señalar lo siguiente:

i) Dentro del contexto fáctico reseñado por la parte querellante, se indica que esta conducta sería engañosa, en el sentido que tenía por fin generar una falsa sensación de transparencia que, al efecto, lograrse crear confianza en los mismos, lo cual, unido a las otras conductas, habría generado un estado de error suficiente para efectos del tipo del artículo 468 del Código Penal.

ii) Necesariamente deben apreciarse los elementos de la estafa a través de los filtros normativos propios de la imputación objetiva. Por ello, dicha

conducta debiese ser excluida a estos efectos, puesto que, en definitiva, permitió a las partes una instancia previa a la contratación donde, con la debida diligencia, ofrecía la oportunidad de verificar acuciosamente los aspectos relevantes al funcionamiento del negocio, su capacidad productiva, el correcto funcionamiento legal de la sociedad, etc. Además, se estableció el sistema de la “administración conjunta”, el cual no fue, por lo que se desprende de los antecedentes de la investigación, ilusorio o ficto y que los querellantes, de una u otra forma, ejercieron – incluso de manera cuestionable, según se expondrá–.

Ejemplo de ello son el contrato de arrendamiento de la pertenencia “La x 1 al 10” –puesto en duda respecto a su autenticidad por los propios querellantes y que, según las pericias practicadas resultó, ser auténtico–, o el contrato de trabajo que se encuentra a fojas 1816 de la carpeta investigativa, realizado entre el querellante Sr. O. y la compañía, y que figura firmado por el querellante previamente reseñado, tanto como empleador y empleado; que, al efecto, generó un juicio laboral que concluyó negativamente para el demandante. En otros términos, un propio accionista, revestido de una aparente calidad de empleado –no efectiva según la sentencia–, trató de efectuar acciones perjudiciales en contra del interés social. De esta manera, la propia conducta de una de las supuestas víctimas pretendía causar un perjuicio al patrimonio social que es, precisamente, la motivación que aduce como causa primaria de su querrela, es decir, el padecimiento de un perjuicio monetario por acciones defraudatorias que afectaron al patrimonio social y, consecuentemente, su inversión inicial y posterior; en definitiva, la participación anticipada en la administración de la sociedad, más que una acción engañosa, fue una oportunidad para ejercer deberes de diligencia negocial que, al efecto, fueron ejercidos de manera defectuosa.

a.5) En cuanto a lo reseñado en el punto d.2) –tiempo de producción–, cabe señalar lo siguiente:

i) Esencialmente, los querellantes señalan que fueron engañados, y consecuentemente perjudicados, por las demoras en cuanto a los plazos de mantención prometidos para alcanzar la producción proyectada de trescientas toneladas mensuales de sulfatos de cobre.

ii) A este respecto, y dado que no existen mayores pericias o antecedentes que acrediten la situación, y asumiendo –para fines argumentativos– la

premisa de los querellantes, las fallas de producción son un riesgo usual en los negocios, que las partes toleran o absorben normalmente en contextos empresariales –un negocio puede fracasar o no ser tan rentable como se esperaba por diversas causas lícitas–, por lo cual, y en aras de determinar si efectivamente existió una conducta engañosa, se requeriría alguna pericia que estableciera, como se insinuó previamente, la capacidad efectiva de producción y, además, de la constatación del estado de los equipos previo a la contratación, lo cual nos conduce, nuevamente, a los deberes de autoprotección de la víctima en el contexto del delito de estafa, dando en esta parte, por consiguiente, reproducida la argumentación señalada en el punto a.1).

a.6) Respecto a los puntos d.4), d.5), d.8) y d.9), éstos serán analizados a propósito del elemento relativo al perjuicio patrimonial.

b) Respecto al error. Como premisa general, y a raíz de todo el análisis previamente realizado, no se constata que, al menos términos jurídico-penales, se haya constituido un engaño suficiente o relevante a efectos típicos que, como consecuencia, generara un estado de error. Cabe hacer presente que el derecho penal, como es sabido, y en razón al principio de subsidiariedad y fragmentariedad, sólo capta en su órbita comunicativa aquellas comunicaciones defectuosas que, al efecto, son las más graves para los bienes jurídico-penales tutelados por el tipo. Así, y al no configurarse una situación de engaño relevante para este subsistema del derecho, resulta improcedente pretender resolver el conflicto planteado por dicha vía; en otros términos, desavenencias propias del ámbito negocial –toleradas por la sociedad–, así como conflictos de índole societario o expectativas –o prospecciones futuras– negociales frustradas⁹³ –todos configurados

93 A este respecto, cabe tener presente, que la jurisprudencia ha declarado que: "... el engaño puede referirse lógicamente a hechos presentes o pretéritos, únicos sobre cuya realidad existe certeza, y pueden consiguientemente ser distorsionados o deformados... la simulación, como que tiende a producir una falsa representación de la realidad, debe referirse a hechos presentes o pasados; de manera que la simulación alegada sobre un hecho futuro no es dable de considerar, puesto que... las promesas o afirmaciones sobre hechos futuros no pueden constituir simulación, porque ellas en ningún caso pueden provocar una representación falsa de la realidad, sino una creencia, sin fundamentos, en una posibilidad. Y así como en la simple afirmación siempre va envuelta la eventualidad de que sea mentirosa, el que recibe una promesa o un pronóstico también tiene siempre la posibilidad de que ellos no lleguen a cumplirse. Así tampoco podrían constituir simulación las afirmaciones que no se refieren a hechos, sino a simples opiniones o apreciaciones de quien las formula" (Balmaceda, op. cit., p. 99, citando la GJN° 228 CS 1999 p. 98).

como riesgos permitidos–, deben resolverse por el subsistema correspondiente –en este caso, y al no configurarse un elemento esencial del tipo, por la vía civil/comercial–. Particularmente, y tras analizar el ejercicio de los deberes de autoprotección de los querellantes, se puede pensar que éstos no fueron debidamente ejercidos, por lo cual, y aún en el supuesto que se estimase que se generó un engaño de relevancia, desplazaría al mismo.

c) Respecto a la disposición patrimonial. Al no concurrir, a estos efectos, un estado de engaño y error pertinentes a efectos de apreciar la figura tipificada en el artículo 468 del Código Penal, dicho acto de disposición escapa de las fronteras del tipo, constituyéndose como atípica, es decir, no sería autolesiva dicha conducta a la larga, puesto que no fue fruto de un estado de error, sino una inversión comercial lícita en un determinado negocio.

d) Respecto al perjuicio patrimonial. Al ser, este elemento, el resultado de la conducta ilícita, el mismo no puede afirmarse si, en los hechos, la conducta generadora de dicho resultado no se presenta. En otros términos, al no existir engaño y error típicamente relevantes –presupuestos esenciales–, no puede afirmarse el resultado ilícito. A continuación profundizaremos al respecto, pretendiendo establecer si, en concreto, se pudo materializar algún perjuicio típicamente relevante.

Análisis de algunos supuestos de perjuicio aducidos:

d.1) Retomando lo expuesto por la querella, y relativo a lo expuesto en el punto d.4) –la solicitud de mensura–, cabe establecer lo siguiente:

i) Asumiendo que dicha solicitud de mensura no fue comunicada por los imputados a los querellantes –lo que sería un supuesto omisivo engañoso teóricamente, siguiendo la teoría del caso de la parte actora–, no se observa la concreción de dicho perjuicio.

A mayor abundamiento, dicho acontecimiento no es una solicitud de constitución de pertinencia minera, sino, precisamente, una gestión tendiente a medir un yacimiento minero. A este efecto, conviene tener presente lo dispuesto por el Código de Minería:

Artículo 59.-Dentro del plazo que medie entre los doscientos y los doscientos veinte días, contado desde la fecha de la presentación de la manifestación al juzgado, el manifestante o cualquiera de ellos, cuando fueren varios, deberá solicitar en el mismo expediente, la mensura de su pertenencia o pertenencias. La solicitud podrá abarcar todo o parte del terreno manifestado, pero, en ningún caso, terrenos situados fuera de éste.

La solicitud deberá, además, indicar las coordenadas U.T.M. de cada uno de los vértices del perímetro de la cara superior de la pertenencia o grupo de pertenencias, relacionando uno de ellos, en rumbo y distancia, con el punto de interés señalado en la manifestación. Deberá, asimismo, designar al ingeniero o perito que practicará la mensura, e indicar el largo y ancho de la pertenencia o de cada una de ellas, el nombre de las pertenencias conocidas que existan en la vecindad y, en lo posible, el nombre de sus dueños.

Se acompañará a la solicitud:

- 1°.-Comprobante de haberse pagado la tasa de manifestación;*
- 2°.-Comprobante de haberse pagado la patente proporcional establecida en el artículo 144;*
- 3°.-Copia autorizada de la inscripción de la manifestación;*
- 4°.-Ejemplar del Boletín Oficial de Minería en que se haya publicado esa inscripción, y*
- 5°.-Plano en el que se señalen la configuración de la pertenencia o grupo de pertenencias, las coordenadas de cada uno de los vértices del perímetro y la relación, en rumbo y distancia, del mismo vértice -ligado en la solicitud-con el punto de interés indicado en la manifestación. El secretario deberá otorgar recibo de este escrito, si el interesado lo pide.*

ii) De la norma previamente transcrita, se desprende que la operación debe contemplar, entre otras cosas, el señalamiento de las pertenencias mineras vecinas –en este caso, “La x 1 al 10” –, para, precisamente, evitar el fenómeno de superposición de pertenencias mineras. Además, el propio Código de Minería contempla diversos mecanismos de oposición para situaciones conflictivas a este respecto; pero centrándonos en el perjuicio alegado, la mera tramitación de la mensura no lo genera, ya que, al efecto, no coartó el ejercicio de la actividad industrial propia de la compañía o, en defecto, tampoco la puso en peligro.

d.2) En cuanto a lo expuesto en el punto d.5) –la pérdida de uno de los activos más importantes para la sociedad minera, es decir, la pertenencia minera “La x 1 al 10” –, cabe señalar lo siguiente:

i) A fojas 000137 de la carpeta investigativa, figura el contrato de compraventa de la pertenencia minera “La x 1 al 10”, en el cual M. S.A., vende la misma a la compañía; posteriormente, a fojas 000141, figura la escritura de cancelación de precio y finiquito, entre las mismas partes, respecto a la ya mencionada pertenencia minera, el cual, señala la parte querellante, no fue inscrito; a fojas 000145 de la carpeta, figura el instrumento referido a la resciliación de la compraventa de la pertenencia minera ya referida por falta de pago de las cuotas respectivas. Hasta este punto, podría pensarse en apreciar un perjuicio para el capital social, sin embargo, conviene tener presente lo que se señalará a continuación.

ii) A fojas 1050 de la carpeta investigativa, figura una escritura pública de ratificación de contrato de compraventa de pertenencias mineras, el cual es realizado entre M. S.A. y la compañía, en el cual se indica, en la cláusula cuarta, que a raíz de un error involuntario que produjo la resciliación previamente descrita, las partes concurren a ratificar la compraventa original. Cabe señalar que la escritura de resciliación es de fecha primero de abril del año 2013 y, la de ratificación, por su parte, se encuentra fechada al día 23 de abril del mismo año 2013. Teniendo en consideración dicho margen temporal – tomando como cierta las fechas de los instrumentos acorde a lo prescrito por la legislación civil–, se aprecia que la situación de inseguridad no sobrepasó a un mes.

iii) Lo anterior permite extraer las siguientes conclusiones:

a) la compañía no perdió su activo consustancial más importante, a lo sumo, estuvo por un breve lapso sujeto a una situación de incertidumbre; b) dicho lapso, y teniendo presente el relato aportado por la querrela y los contenidos en la carpeta investigativa, no dañó por sí mismo el desarrollo de la actividad ni, en definitiva, generó un perjuicio al patrimonio social, dado que la pertenencia, aún asumiendo que haya salido transitoriamente del mismo, se recuperó rápidamente sin perjuicios para la sociedad; por ejemplo, no fue necesario incoar un juicio para recuperarla o similar. Por todo lo anterior, si bien podría afirmarse que existió una situación de incertidumbre, ella no se concretó en la forma de un perjuicio “penal” a efectos de la estafa.

d.3) En lo pertinente a lo señalado en los puntos d.8) y d.9) –que pueden agruparse, conforme con el relato de la querrela, como actos de toma de control de la administración social por parte de los imputados–, cabe señalar que no pueden juzgarse, sin más, como actos lesivos (perjudiciales) a efectos penales, puesto que:

i) En primer término, los querellantes no han sido despojados –según se deduce de los antecedentes– de su participación accionaria o de su calidad como miembros del directorio, ello, por tanto, implica que su inversión está ligada a la suerte del accionar social de la compañía, dentro del cual ellos mismos toman parte en el proceso de la toma de decisiones.

ii) En segundo término, y aún si se lograra constatar efectivamente que la toma de control de la administración de la empresa fue irregular –que sería un asunto diverso y ajeno a esta litis a efectos de los términos de la determinación del perjuiciopenal–, y por lo previamente señalado, el perjuicio económico sólo podría materializarse si se constatará que dicha administración fue negligente o marcadamente perjudicial para el interés social; sólo así podría hablarse de perjuicio –independiente de si su calificación final se correspondería a la de un tipo penal o no–, por tanto, el perjuicio al patrimonio de los querellantes no puede fundarse en una supuesta –y se dice “supuesta” porque será materia a probar en el eventual juicio– la toma de control irregular, sino que, finalmente, debe fundarse en el desempeño mismo de dicha administración.

Y más aún, si dicha nueva forma de administración fuese, en su génesis, generada de forma irregular, no sería suficiente para basar una imputación penal “perjudicial”, si ésta resultó ser beneficiosa para el interés social –por lo menos a efectos del tipo de estafa–. Para clarificar el punto anterior –que precisamente es una cuestión de imputación objetiva de resultado–, conviene tener presente el conocido “caso de los pelos de cabra”⁹⁴ y, además, las conclusiones doctrinarias en torno al mismo que, al efecto, se pasan a reproducir: “(...) así como en la creación usual de peligro la consumación requiere además la realización del peligro, en caso de riesgo no permitido la

94 Sentencia del Tribunal Supremo del Imperio Alemán (Reichsgericht) de 23 de abril de 1929. Para un completo comentario del caso y sus consecuencias, véase Feijoo Sánchez, Bernardo: “Caso de los pelos de cabra”, en Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal, AAVV, Pablo Sánchez-Ostiz (Coord.), La Ley, Madrid, 2011, p. 143 y ss.

imputabilidad del resultado depende adicionalmente de que en el mismo se haya realizado precisamente ese riesgo no permitido. Y eso falta en muchos supuestos en los que en concreto se puede volver a efectuar diversas graduaciones. El caso relativamente más sencillo es el de que la superación del riesgo permitido sencillamente no repercute sobre el resultado en su concreta configuración'. El ejemplo que la mayoría de los autores utiliza para tratar este tema, es el conocido como 'caso de los pelos de cabra', según el cual el director de una fábrica de pinceles suministra a sus trabajadoras pelos de cabra china para su elaboración, sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Cuatro trabajadoras se infectan con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior da como resultado que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra ese bacilo, no conocido hasta ese momento en Europa. Según Roxin, 'aquí el autor, al omitir la desinfección, en un enjuiciamiento ex ante ha creado un gran peligro, pero el mismo, como posteriormente se ha podido comprobar, no se ha realizado. Si se le imputara el resultado se le castigaría por la infracción de un deber, cuyo cumplimiento hubiera sido inútil. Y eso lo prohíbe el principio de igualdad; pues si el curso de los hechos coincide totalmente con el que se hubiera producido manteniéndose dentro del riesgo permitido, tampoco se puede manejar de modo distinto la imputación del resultado'⁹⁵.

En resumen, no basta la sola creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, sino que, además, se requiere la concreción de dicho riesgo no permitido; en concreto, la conducta riesgosa imputada –la toma de control de la administración–, que debe tener un correlato material el cual, en este supuesto, sería la lesión del patrimonio social, en el caso inexistente “penalmente”.

e) Faz subjetiva del tipo: dolo y ánimo de lucro. Al no concurrir, por lo previamente analizado en los acápite anteriores, los elementos propios del tipo objetivo, resulta estructuralmente inoficioso entrar en el análisis de la faz subjetiva del tipo, sin embargo, conviene efectuar ciertas precisiones:

i) La concurrencia del dolo, es decir, el conocimiento de realización de la conducta prohibida, acompañada de la volición relativa a dicha realización, será materia de discusión propia de un eventual juicio; empero, y al no constatarse elementos que constituyan un engaño suficiente a efectos del

95 Namer, op. cit., p. 90.

tipo de estafa, difícilmente podrá afirmarse la presencia de dolo, ya que en la ejecución del engaño reside, principalmente, la mayor participación del agente en el delito, puesto que el estado de error lo padece la víctima, la cual se termina autolesionando por una disposición patrimonial que es consecuencia de dicho estado que padece.

ii) Nuestro sistema penal, en cuanto a la incriminación imprudente, reconoce el sistema de *numerus clausus*⁹⁶, lo cual implica que, para estos efectos, no podría imputarse o contemplarse un supuesto de estafa imprudente –en especial porque, como se suele mencionar en doctrina, se requiere de un elemento de intención adicional, consistente en el ánimo de lucro–.

*Es todo cuanto puedo informar en Derecho,
en La Serena, a 24 de marzo de 2015,*

Prof. Dr. Gustavo Balmaceda H.

96 Así, "En el sistema nacional no existe una figura genérica o abierta de delito culposo (*numerus apertus*). No hay un tipo penal que sancione cualquier comportamiento atribuible a culpa; al contrario, se sigue el sistema de describir figuras concretas de delitos culposos. El principio general en la legislación nacional es que el hecho atribuible a culpa no es punible (arts. 4º y 10 Nº 13), salvo que esté expresamente sancionado (*numerus clausus*)" (Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal, parte general, nociones fundamentales de la teoría del delito*, 4ta edición actualizada, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 222).

II. La Ley 20.931 sobre “agenda corta”

Prof. Dra. María Inés Horvitz L.

I. Introducción

El Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional me ha encargado efectuar un informe en derecho acerca de dos grandes modificaciones introducidas por la Ley 20.931, de 5 de julio de 2016, también denominada “Agenda Corta”. Tales modificaciones están referidas a:

i) la ampliación de las facultades autónomas de la policía, reguladas de forma general en el artículo 83 del Código Procesal Penal (CPP); y

ii) la ampliación de las facultades autónomas de la policía en las hipótesis reguladas en los artículos 129 inciso final, 215 y 206 del CPP.

Se hace presente que, para la elaboración del presente informe se ha tenido a la vista, junto con la bibliografía que se individualiza al final del mismo, una minuta de estudio, análisis y comentarios de la reforma legal realizada y proporcionada por la propia Defensoría en el mes de junio de 2016, pp. 61 a 76.

La ley 20.931 introduce en su artículo 2º, entre otras, las siguientes modificaciones al artículo 83 del CPP:

En la letra c): i) Reemplázase su párrafo primero por el siguiente:
“c) Resguardar el sitio del suceso. Deberán preservar siempre todos los lugares donde se hubiere cometido un delito o se

encontraren señales o evidencias de su perpetración, fueren éstos abiertos o cerrados, públicos o privados. Para el cumplimiento de este deber, procederán a su inmediata clausura o aislamiento, impedirán el acceso a toda persona ajena a la investigación y evitarán que se alteren, modifiquen o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho, o que se remuevan o trasladen los instrumentos usados para llevarlo a cabo.”. ii) Agréganse, en su párrafo cuarto, las siguientes oraciones finales: “Asimismo, el personal policial realizará siempre las diligencias señaladas en la presente letra cuando reciba denuncias conforme a lo señalado en la letra e) de este artículo y dará cuenta al fiscal que corresponda inmediatamente después de realizarlas. Lo anterior tendrá lugar sólo respecto de los delitos que determine el Ministerio Público a través de las instrucciones generales a que se refiere el artículo 87. En dichas instrucciones podrá limitarse esta facultad cuando se tratare de denuncias relativas a hechos lejanos en el tiempo”.

Sustitúyese la letra d) por la siguiente: “d) Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, en los casos de delitos flagrantes, en que se esté resguardando el sitio del suceso, o cuando se haya recibido una denuncia en los términos de la letra b) de este artículo. Fuera de los casos anteriores, los funcionarios policiales deberán consignar siempre las declaraciones que voluntariamente presten testigos sobre la comisión de un delito o de sus partícipes o sobre cualquier otro antecedente que resulte útil para el esclarecimiento de un delito y la determinación de sus autores y partícipes, debiendo comunicar o remitir a la brevedad dicha información al Ministerio Público, todo lo anterior de acuerdo con las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional según lo dispuesto en el artículo 87.”.

De este modo, el texto del Art. 83 CPP queda como sigue, colocándose en negrita las enmiendas a la redacción para una mejor inteligibilidad:

Artículo 83.- Actuaciones de la policía sin orden previa. Corresponderá a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile realizar las siguientes actuaciones, sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales:

- a) Prestar auxilio a la víctima;
- b) Practicar la detención en los casos de flagrancia, conforme a la ley;

c) Resguardar el sitio del suceso. Deberán preservar siempre todos los lugares donde se hubiere cometido un delito o se encontraren señales o evidencias de su perpetración, fueren éstos abiertos o cerrados, públicos o privados. Para el cumplimiento de este deber, procederán a su inmediata clausura o aislamiento, impedirán el acceso a toda persona ajena a la investigación y evitarán que se alteren, modifiquen o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho, o que se remuevan o trasladen los instrumentos usados para llevarlo a cabo¹.

El personal policial experto deberá recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que pudieren ser utilizados como medios de prueba, para ser remitidos a quien correspondiere, dejando constancia, en el registro que se levantara, de la individualización completa del o los funcionarios policiales que llevaren a cabo esta diligencia.

En aquellos casos en que en la localidad donde ocurrieren los hechos no exista personal policial experto y la evidencia pueda desaparecer, el personal policial que hubiese llegado al sitio del suceso deberá recogerla y guardarla en los términos indicados en el párrafo precedente y hacer entrega de ella al Ministerio Público, a la mayor brevedad posible.

En el caso de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso, la policía deberá practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación pertinentes, dando cuenta al fiscal que corresponda de lo hecho, a la mayor brevedad. Asimismo, el personal policial realizará siempre las diligencias señaladas en la presente letra cuando reciba denuncias conforme a lo señalado en la letra e) de este artículo y dará cuenta al fiscal que corresponda inmediatamente después de realizarlas. Lo anterior tendrá lugar sólo respecto de los delitos que determine el Ministerio Público a través de las instrucciones generales a que se refiere el artículo 87. En dichas instrucciones podrá limitarse esta facultad cuando se tratare de denuncias relativas a hechos lejanos en el tiempo.

¹ Asimismo, se modificó la redacción del párrafo, pues el anterior señalaba expresamente: "c) Resguardar el sitio del suceso: Para este efecto, impedirán el acceso a toda persona ajena a la investigación y procederá a su clausura, si se tratare de local cerrado, o a su aislamiento, si se tratare de lugar abierto, y evitarán que se alteren o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho o se remuevan los instrumentos usados para llevarlo a cabo, mientras no interviniere personal experto de la policía que el ministerio público designare".

- d) Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, en los casos de delitos flagrantes, en que se esté resguardando el sitio del suceso, o cuando se haya recibido una denuncia en los términos de la letra b) de este artículo. Fuera de los casos anteriores, los funcionarios policiales deberán consignar siempre las declaraciones que voluntariamente presten testigos sobre la comisión de un delito o de sus partícipes o sobre cualquier otro antecedente que resulte útil para el esclarecimiento de un delito y la determinación de sus autores y partícipes, debiendo comunicar o remitir a la brevedad dicha información al Ministerio Público, todo lo anterior de acuerdo con las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional según lo dispuesto en el artículo 87,
- e) Recibir las denuncias del público, y
- f) Efectuar las demás actuaciones que dispusieren.

II. Situación de la policía represiva en algunos sistemas del del derecho comparado y el modelo chileno

Como señaláramos en otro lugar², los sistemas comparados de justicia criminal muestran cierto predominio de desempeño policial autónomo en la fase preparatoria del proceso penal, aunque los textos legales subordinen su actuación a la dirección técnica o funcional de los fiscales. Un esquema de trabajo colaborativo pero independiente entre policías y fiscales en la investigación de los delitos ha sido tradicional en los sistemas del common law³, pero de modo progresivo se verifica también en la regulación legal o en la práctica de los países del civil law.

En el modelo angloamericano, la policía lleva a cabo la investigación de una manera autónoma, con controles meramente internos de la propia jerarquía

2 Horvitz/López, *Derecho Procesal Penal chileno*, T. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 173 ss.

3 Un caso excepcional de dominio policial absoluto de la persecución penal de los delitos ha sido el inglés, pues hasta 1985 tenía la dirección exclusiva de la investigación y podía decidir el archivo del caso o el ejercicio de la acción penal (Cfr. Horvitz/López, cit., p. 174).

policial, y los fiscales reciben los antecedentes y la evidencia recabada cuando el caso se considera policialmente agotado. En Estados Unidos, por ejemplo, los fiscales poseen medios limitados para imponer sus políticas de persecución penal a la policía local, pues se trata de instituciones independientes orgánica y financieramente y no existe la obligación legal de la policía de obedecer las instrucciones del ministerio público. A diferencia del sistema federal, en el que el Fiscal Federal de Estados Unidos (U.S Attorney) y el F.B.I (Policía Federal de Investigaciones) están ambos sujetos a la supervigilancia y control del Fiscal General (General Attorney), los fiscales y policías locales no están subordinados a una autoridad superior común, pero una relación colaborativa se impone en pos de la aplicación de la ley penal aunque no sin importantes roces⁴.

En esta materia la reforma chilena desestimó la existencia de una policía judicial dependiente de los jueces o del ministerio público⁵ y siguió de cerca el modelo normativo alemán. En éste, y cuando se trata de la investigación de los delitos, la policía se encuentra sometida legalmente a la dirección y el control funcional del ministerio público, pues en el aspecto jurídico-organizativo ella depende de los ministerios estatales del interior, mientras que las fiscalías dependen de los ministerios de justicia⁶. En efecto, la regla general contenida en el §161.I de la Ordenanza Procesal Penal (StPO) establece que el ministerio público se encuentra autorizado para solicitar información a todas las autoridades y realizar investigaciones de cualquier tipo por sí mismo o a través de los funcionarios policiales, a menos que otras disposiciones legales regulen especialmente sus poderes. Asimismo, se señala que las autoridades y funcionarios del servicio de policía deben cumplir con las solicitudes o encargos del Ministerio Público, en cuyo caso tienen derecho a solicitar información a todas las autoridades.

En el ámbito estatal de la persecución penal, el sistema alemán distingue entre funcionarios policiales ordinarios y las Ermittlungspersonen del minis-

4 Israel/Kamisar/LaFave, *Criminal procedure and the Constitution*, West Publishing Co., Minnesota, 1994, p. 24.

5 Como en Italia, cuya Constitución establece que "[l]a autoridad judicial dispondrá directamente de la policía judicial" (art. 109 Const.); o de Francia, en que la Gendarmería depende del Fiscal General (Procureur de la République) en conformidad con los arts. 12 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

6 Mientras que en Chile, las policías dependen del Ministerio del Interior y el Ministerio Público es autónomo por disposición constitucional.

terio público⁷, según se determine a través de reglamentos ejecutivos de los Estados Federales. Ambas policías están obligadas a ejecutar las instrucciones y solicitudes del ministerio público en el ámbito de la persecución penal de los delitos. Asimismo, pueden actuar autónomamente en los casos de detención por flagrancia⁸ para ejecutar medidas de reconocimiento⁹, para el control de identidad¹⁰, para la captura de imágenes y la utilización de ciertos medios técnicos¹¹, y para tomar declaración a imputados, testigos y peritos¹², entre otras facultades. La diferencia relevante entre ambas categorías de policía radica en que algunas medidas coercitivas procesales pueden ser ejecutadas únicamente por los Ermittlungspersonen¹³. Estos funcionarios se encuentran autorizados para realizar tales actuaciones de forma autónoma y sin orden judicial previa, pero solo cuando exista “peligro en la demora” [Gefahr im Verzug]¹⁴. Tales medidas son los exámenes corporales (v.gr. toma de muestra de sangre) respecto de imputados (§ 81a II) y testigos (§ 81c V); incautaciones (§98 I) y registros (§105.I.1), entre otras. Asimismo pueden actuar por iniciativa propia, cuando reciban denuncias del público, para “impedir el oscurecimiento del hecho” (§163.I.1).

A pesar que la doctrina alemana destaca que las facultades policiales autónomas son excepcionales y deben fundarse en la idea de urgente necesidad, como impedir el entorpecimiento actual o inminente de la investigación o la pérdida de evidencia, lo cierto es que diferentes leyes de reforma de la Ordenanza Procesal Penal alemana dan cuenta de un creciente fenómeno de policialización¹⁵ de la fase de instrucción preparatoria – en este y otros

7 “Personas de la investigación”. Antes de la reforma de 2004, se llamaban “funcionarios auxiliares”. Cfr. BGBl 1 2004, 2198. En general, se trata de policías con un cierto grado jerárquico o que se desempeñan en ciertas funciones. Cfr. §152 de la Ley de Organización Judicial (GVG).

8 §§ 127 I1, II, 163b I 2 StPO.

9 §§ 81b, 163b I 3 StPO.

10 §163b StPO.

11 §100h StPO.

12 §§163, 163^a StPO.

13 Kindhäuser, Urs: Strafprozessrecht, 2^a. Ed. Nomos, Baden-Baden, 2010, pp. 58-59, Beulke, cit., p.71.

14 Criterio utilizado en la Ley Fundamental alemana, a propósito del derecho constitucional de “inviolabilidad de la morada” (§13 Absatz 2 GG). Bajo la expresión de “peligro en la demora” se describe la situación en la cual pueden producirse daños para bienes jurídicos relevantes o la pérdida de medios de prueba, a menos que actúe una autoridad o persona en reemplazo de aquella que es competente para autorizar la medida (Cfr. BverfGE 103,142).

15 Gless/Grote/Heine (eds.) Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol, T.I, 2001, pp. 660 ss.; Paeffgen, “‘Verpolizeilichung’ des Strafprozesses- Chimäre oder Gefahr?”, en Wolter (ed.) Symposium für Rudolphi, 1995, p. 13.

ordenamientos jurídicos de Europa continental, caracterizado por mayores espacios de autonomía policial en la investigación de la criminalidad mediana y leve. En Alemania, tal situación habría sido posible por las imprecisiones de la ley que, en el contexto de sistemas con tradición inquisitiva, fue consolidando la práctica consistente en que la policía informa y remite al ministerio público los resultados de su investigación cuando ella está avanzada o, incluso, agotada, no obstante que debiera hacerlo "sin demora"¹⁶. No obstante, se afirma que se mantiene decisivamente la dirección funcional del ministerio público sobre la policía en la investigación de delitos capitales, como el asesinato, o en delitos complejos, tales como el crimen organizado, el lavado de activos o los delitos de cuello blanco¹⁷.

La atribución de poderes funcionales de instrucción sobre la policía persigue el control de sus actuaciones así como hacerlo responsable de la conducción general de la investigación¹⁸. Pero al igual que sucede en Chile, el ministerio público alemán carece de poder disciplinario sobre los funcionarios policiales en el ejercicio de sus tareas represivas, circunstancia que ha sido criticada por la creciente discrecionalidad y autonomía adquirida en el tratamiento concreto de los casos que diluye las responsabilidades por el resultado de la investigación¹⁹. De allí que la ausencia de un poder disciplinario del ministerio público, conjugada con el incremento de la autonomía funcional de la policía, ha ido debilitando la posición del ministerio público en el proceso penal con el consiguiente peligro para los derechos fundamentales y la corrección de los procedimientos.

16 Cfr. §163.1 inciso primero StPO, que faculta a la policía, en el marco de la primera intervención "a investigar hechos penales y a dictar todas las órdenes que no admitan dilación (...)", pero que, por otro lado, obliga a informar al ministerio público de las actuaciones realizadas "sin demora" (§ 163.2 inciso segundo StPO). Aunque la regla general en la ley es la actuación de la policía en cumplimiento de las instrucciones de los fiscales (§ 161.1 StPO), la facultad de la primera intervención que solo debiera operar en casos de urgente necesidad, esto es, de manera excepcional se ha ido transformando en una forma de actuación general autónoma de la policía, interpretándose con holgura que la obligación de entrega de los antecedentes al ministerio público solo surge cuando se ha "actuado", es decir, se haya investigado algo. Por otro lado, y contra su significado literal, "sin demora" se interpreta como "después del aseguramiento imposable de las pruebas, de las debidas actuaciones de investigación y de su documentación escrita en el sumario" (Ambos, Kai: Estudios de derecho penal y procesal penal (Aspectos del derecho alemán y comparado), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 339-364, p. 344. Vid. también, del mismo: "Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei, Verpolizeichung des Ermittlungsverfahrens und organisierte Kriminalität", Jura, 2003, pp. 674-682.

17 En el caso de Estados Unidos, la autonomía funcional de la policía respecto del fiscal es bastante amplia, aunque sujeta a ciertos lineamientos generales de actuación (Israel/Kamisar/LaFave, Criminal procedure, cit., pp. 15 ss.).

18 Beulke, Werner: Strafprozessordnung, 12 Aufl., C.F. Müller, 2012, pp. 68-71.

19 Ambos, Kai: Estudios, cit., pp. 347 ss.

La referencia a la evolución legislativa comparada resulta pertinente para analizar la creciente tendencia a la policialización de la investigación criminal que se advierte también en Chile, a través las reformas legales introducidas en esta materia al Código Procesal Penal en el marco de las denominadas “agendas cortas”. Como sabemos, la reforma procesal penal chilena siguió en esta materia el modelo alemán, sometiendo a la policía a la dirección y el control del ministerio público en la investigación de los delitos²⁰. En el esquema constitucional y legal, las facultades autónomas de la policía son excepcionales, pues conforme a los principios y la distribución de funciones en el nuevo proceso penal los cuerpos policiales son auxiliares en el desempeño de la función de persecución penal de los delitos cuya dirección compete exclusivamente al ministerio público (art. 83 CPR, art. 1 Ley 19.640 y art. 80 CPP). En efecto, en el diseño del nuevo proceso penal, y siguiendo el ejemplo alemán, la subordinación de la policía al ministerio público tenía dos propósitos: i. la dirección técnico-jurídica de las investigaciones por parte de los fiscales, quienes deben ser abogados y, ii. la responsabilidad exclusiva de éstos por el ejercicio de la acción penal, determinada por el sometimiento incondicionado de la policía a las órdenes e instrucciones de los fiscales. El progresivo incremento de sus facultades de actuación autónoma no ha significado, sin embargo, una mayor exigencia de responsabilidad, vacío que puede apreciarse especialmente en la regulación penal. Así, el delito de ocultación, alteración o destrucción de antecedentes, objetos o documentos de la investigación contenido en el art. 269 ter CP tiene únicamente como sujetos activos al “fiscal del Ministerio Público o el abogado asistente del fiscal”, y no a los funcionarios policiales. Esta omisión es particularmente grave si se considera que la policía es quien interviene el sitio del suceso, ejecuta las medidas intrusivas, levanta los medios de prueba y los efectos del delito, entre otras muchas actuaciones relevantes del procedimiento. Asimismo impacta en el delito de obstrucción a la investigación –art. 269 bis CP–, tipo delictivo de sujeto activo común que, sin embargo, no prevé la variante de obstaculizar la investigación mediante la destrucción, ocultación o sustracción de la evidencia y que conduzca al Ministerio Público a no perseverar o solicitar el sobreseimiento de la causa.

20 En Chile esta idea se vio fortalecida con la eliminación, del artículo 98 del Anteproyecto (art. 99 del Mensaje), la frase que imponía el deber a las policías para “por iniciativa propia o por orden del ministerio público, investigar los hechos punibles (...)”, pues ella no se avenía con el mandato constitucional que entrega la dirección de la investigación al ministerio público.

III. Ampliación de las actuaciones policiales autónomas del Art. 83 CPP

Seguidamente analizaremos cuánto afectan las modificaciones de la Ley 20.931 al diseño constitucional y legal de subordinación funcional de la policía al ministerio público en el cumplimiento de sus tareas de represión del delito. Las modificaciones al artículo 83 CPP, sobre “[a]ctuaciones de la policía sin orden previa” pueden resumirse a grandes rasgos del siguiente modo:

a) Se reformula la disposición a partir de la noción de preservación (“resguardar” o mantener indemne) del sitio del suceso y distingue, en relación a este último concepto, dos hipótesis: lugar de comisión del delito y aquel en el que se encontraren señales o evidencias de su perpetración, fueren éstos abiertos o cerrados, públicos o privados.

b) Amplía las facultades autónomas de la policía, no solo a los supuestos de delito flagrante, sino también al caso de que se reciban denuncias del público por la policía en el ejercicio del deber contemplado en la letra e) del mismo artículo.

1. Actuaciones de la policía sin orden previa: resguardo del sitio del suceso

Con relación al resguardo del sitio del suceso, se hace necesario indagar en el sentido de la modificación del primer inciso de la letra c) del artículo en comento, pues se añade al concepto natural y obvio de sitio del suceso – entendido como el lugar de comisión del delito– la hipótesis de lugares en los que se denuncie o aparezcan señales o evidencias de su perpetración. En efecto, bajo la denominación genérica de “sitio del suceso”, que hasta la reforma de 2016 carecía de alguna indicación legal que lo definiera, ahora es identificado como “todos los lugares donde se hubiere cometido un delito o se encontraren señales o evidencias de su perpetración, fueren éstos abiertos o cerrados, públicos o privados”²¹.

21 En general, el legislador pareciera estar pensando en aquellos delitos graves contra bienes jurídicos individuales, como la vida, la salud, la libertad personal, la autodeterminación o indemnidad sexual,

Punto de partida para clarificar el concepto ha de ser, a nuestro juicio, la definición técnica de “sitio del suceso”. Un Manual Didáctico sobre Trabajo Policial en el Sitio del Suceso, de Carabineros de Chile²² lo define del siguiente modo: “[s]e denomina Sitio de Suceso (SS) al lugar donde ha ocurrido un hecho que tiene el carácter de delito y que requiere ser investigado. En este lugar quedan huellas, indicios rastros o señales que después de ser pesquisados como evidencia física, se transformarán en medios de prueba, que permitirán establecer fehacientemente cómo ha ocurrido el hecho y cuál fue la participación de cada uno de los involucrados”. Otro Manual de Formación, de 2016²³, es más conciso y señala que: “[e]l Sitio del Suceso se define como el lugar material donde ha ocurrido un hecho que se hace necesario investigar, ya sea desde el punto de vista policial o judicial. Se deben considerar, además, las inmediaciones del lugar, en la medida que existan evidencias físicas asociadas al delito investigado”(p.2).

Como se observa, las definiciones técnicas estándar sobre sitio del suceso incorporan habitualmente tanto el lugar de comisión del delito como sus inmediaciones, en las que también pudieren hallarse vestigios del hecho. Pero no pareciera haber sido este el propósito del legislador al incorporar expresamente esta hipótesis, pues consta del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que el Senador Espina indicó “que el objetivo de la indicación 21 es zanjar la antigua disputa que se da entre las fiscalías y las policías respecto a qué atribuciones tienen estas últimas cuando llegan a un sitio del suceso. Explicó que la primera idea es que la obligación de resguardo del sitio del suceso proceda no solo cuando se trata de un delito flagrante con un delincuente detenido, sino también cada vez que se encontraren señales o evidencias de la comisión del ilícito”²⁴.

la propiedad, y otros de carácter supraindividual, como los delitos especiales de la Ley 20.000, terroristas y de control de armas, que son aquellos en que una actuación urgente e inmediata en el sitio del suceso pareciera encontrarse siempre fundada: Surge la interrogante, pues la ley no hace distinciones, de si la policía actuará con la misma presteza respecto de delitos graves de corrupción, patrimoniales o económicos, en los que existan señales o evidencias de su perpetración.

22 http://perfeccionamiento.carabineros.cl/capac/manuales/trabajo_policial/trabajo_policial.pdf (revisado el día 14.03.2018).

23 http://www.esfocar.cl/resources/entradas/archivos/16-01-2017_15-45-0913%20%20PROCED%20POLICIALES%20II.pdf (revisado el día 14.03.2018).

24 Intervención del Senador Espina en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 82.

La intervención del senador Espina da cuenta de la voluntad de incluir expresamente como supuesto que autoriza el ejercicio policial autónomo aquel en el que solo habría la mera denuncia de un delito. En relación al resguardo del sitio del suceso, se busca que tales facultades operen tanto en el caso de delito flagrante con imputado detenido, como en el supuesto de denuncias penales sin detenidos y en cuya investigación se encuentren “señales o evidencias” de su perpetración. Esto es, la modificación no significaría una ampliación del concepto de sitio del suceso, sino de una clarificación de las hipótesis en que procedería su resguardo o preservación. Lo cierto es que la intervención del senador Espina conduce igualmente a confusiones, pues el lugar de comisión de delito no siempre será el lugar donde el sospechoso haya sido detenido y, por otro lado, la denuncia de un delito no siempre impedirá identificar el lugar de su comisión, el que podría coincidir o no con aquel en el que se hallen señales o evidencias de su perpetración. No obstante, y para el caso de que se considerase plausible una interpretación extensiva del concepto, se trataría de lugares en los que se “encontraren” señales o evidencias de la perpetración del delito, pues el precepto no se refiere a supuestos en los que se denuncie la posible existencia de tales señales o evidencias sino a su hallazgo, circunstancia que refuerza la exigencia de contigüidad espacio-temporal de estos lugares con el sitio del suceso y con la comisión del delito, como la droga o el arma arrojada por el hechor durante la huida una vez que es descubierto.

Abona la interpretación precedente el estatus jurídico de las facultades policiales autónomas en nuestro ordenamiento positivo, las que deben ser siempre excepcionales y fundarse en razones de urgencia e impostergabilidad de la actuación policial en el ámbito de las primeras diligencias de la investigación, con lo cual el criterio restrictivo espacio-temporal es irrenunciable. En cualquier otra hipótesis prevalece la regla general: comunicar el hecho al fiscal de turno para que, en su caso, solicite la autorización judicial correspondiente. Tratándose del sitio del suceso, el fundamento radica en la necesidad de evitar la injerencia de terceros que pudieren alterar, modificar o borrar los rastros o vestigios del hecho, o remover o trasladar los instrumentos usados para llevarlo a cabo. Es evidente, entonces, que ella solo puede justificarse en tanto exista razonablemente la posibilidad real y concreta de un sitio del suceso útil para obtener evidencia incontaminada o para evitar su remoción o destrucción, para lo cual resulta pertinente el criterio alemán de “peligro en la demora”. Prima facie pareciera indiferente si se trata de la denuncia de un delito flagrante con detenido o de una de-

nuncia sin detenido pero que se efectúa durante el lapso de flagrancia. En este último caso, la interpretación razonable y conforme con las garantías constitucionales es la limitación de la actuación policial autónoma a los tiempos máximos que el legislador ha establecido para la flagrancia ficta. Fuera de este caso excepcional, carece de toda justificación constitucional y legal la actuación policial al margen de la dirección y la responsabilidad del ministerio público en el ejercicio de la persecución penal pública. De allí que el fiscal nacional, en sus instrucciones generales, debiera considerar los límites temporales de la flagrancia junto con la definición político-criminal acerca del modo en que deben emplearse los recursos (siempre limitados) que se asignan para la persecución de los delitos.

El nuevo inciso 1° de la letra c) del art. 83 precisa que el sitio del suceso puede abarcar lugares “públicos o privados”, añadiéndose a la tradicional clasificación entre lugares abiertos o cerrados. Lo cierto es que desde su origen, el Código Procesal Penal ha preferido la distinción fenoménica entre lugares abiertos y cerrados²⁵, pero reconociendo implícitamente la distinción jurídica entre lugares públicos y privados. En efecto, en una interpretación sistemática con las disposiciones de los artículos 204 y siguientes del CPP, y prescindiendo de las hipótesis especiales (arts. 209, 210, 211), la ley regula el supuesto de entrada y registro en lugares públicos o de libre acceso al público y la entrada y registro en lugares cerrados que, al mismo tiempo, pertenecen a particulares, puesto que exige el consentimiento del “propietario o encargado” o, en ausencia de tal, la correspondiente autorización judicial (art. 205).

La precisión legislativa respecto de los lugares que constituyen el sitio del suceso, por consiguiente, no pareciera innovar en la materia, en la medida que tratándose de un lugar abierto o cerrado, ya sea público o privado, los funcionarios policiales siempre han estado habilitados para clausurar el ingreso al sitio del suceso o para aislarlo, con el fin de impedir el ingreso a él de personas extrañas a la investigación. Por consiguiente, el ingreso de personal policial experto al sitio del suceso cuando este fuere cerrado o perteneciere a particulares solo podrá efectuarse autónomamente y sin autorización judicial cuando concorra alguna de las excepciones previstas

25 Espacios que cuentan o no con límites físicos o materiales que los protegen de factores ambientales o externos, o que se encuentren o no en funcionamiento (v.gr. art. 207 CPP).

en el art. 206, incisos 1° y 3°, que hasta antes de la reforma de 2016 se fundaban en la concurrencia de delitos flagrantes²⁶. Se destaca aquí, no obstante, que la Ley 20.931 introdujo una polémica hipótesis que se aparta completamente de esta idea y que, como veremos más adelante, resulta extremadamente criticable desde diversas perspectivas.

Asimismo, se elimina la frase que sometía a la designación por el ministerio público del personal policial experto que debía intervenir en el sitio del suceso para llevar a cabo las pericias correspondientes. Ello significa que será el personal experto de la policía que primero acuda al sitio del suceso la que podrá intervenir en él sin necesidad de instrucciones previas de los fiscales, aunque subsiste el deber de “información inmediata” (art. 84 CPP). Desde luego, el ministerio público puede regular esta materia a través de instrucciones generales, como precisamente lo dispone el art. 87 CPP, y evitar de este modo que ocurra la experiencia alemana en la materia.

2. Actuaciones de la policía sin orden previa: flagrancia

La Ley 20.931 pareciera ampliar las potestades autónomas de la policía previstas para los delitos flagrantes también a los casos en que reciban denuncias del público, aunque no se trate de delitos flagrantes. Aunque la ley nunca ha distinguido la forma en que la policía toma conocimiento de un delito que haga necesaria su intervención inmediata²⁷, sí se ha entendido que la actuación policial autónoma solo podría justificarse en situaciones urgentes o que no admitan demora, como el caso de los delitos flagrantes y en el contexto de las primeras diligencias de la investigación, pues en los demás casos recupera preeminencia la regla general y se debe requerir la correspondiente instrucción al fiscal competente. En otras palabras, la contraposición entre delito flagrante y denuncia de un delito no es pertinente, porque como es obvio, la policía puede recibir denuncias de delitos en situación de flagrancia, y llevar a cabo las actuaciones previstas en la letra

26 Llamadas de auxilio u otros signos evidentes indicativos de que en el recinto o lugar cerrado se está cometiendo un delito o existan indicios o sospechas de comisión del delito de abigeato en predios, y las circunstancias impidan recabar la oportuna autorización del juez o del propietario.

27 Así, la denuncia telefónica o presencial –en la Comisaría– de haber sido víctima de un robo unos minutos u horas antes caería dentro del art. 83 letra e) y, asimismo, constituir un delito flagrante.

c) del art. 83 en el lapso de doce horas que autorizan sus hipótesis fictas (art. 130 letras d) y e)), aunque no se logre la captura del sospechoso.

Sin embargo, la prescripción de la última parte del inciso final de la letra c) del art. 83, modificado por la Ley 20.931, desafía la conclusión anterior porque pareciera ampliar la autorización de actuación autónoma a cualquier caso de denuncia por el público aunque no se trate de delitos flagrantes. Examinemos su texto:

En el caso de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso, la policía deberá practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación pertinentes, dando cuenta al fiscal que corresponda de lo hecho, a la mayor brevedad. Asimismo, el personal policial realizará siempre las diligencias señaladas en la presente letra cuando reciba denuncias conforme a lo señalado en la letra e) de este artículo y dará cuenta al fiscal que corresponda inmediatamente después de realizarlas. Lo anterior tendrá lugar sólo respecto de los delitos que determine el Ministerio Público a través de las instrucciones generales a que se refiere el artículo 87. En dichas instrucciones podrá limitarse esta facultad cuando se tratare de denuncias relativas a hechos lejanos en el tiempo.

Como se observa, la ampliación de las facultades autónomas de la policía al ámbito de la denuncia de delitos no flagrantes se lleva a cabo a renglón seguido del inciso referido a los “delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso”, circunstancia que favorecería prima facie una interpretación restringida de la disposición, esto es, solo aplicable a los casos de denuncias de delitos no flagrantes que se hubieren cometido en tales lugares, supuesto de actuación autónoma que podría justificarse por las dificultades de comunicación que pudieran suscitarse para recabar instrucciones del ministerio público.

Sin embargo, y a pesar de la confusa y deficiente técnica legislativa utilizada, es dudoso que tal haya sido el propósito del legislador. En efecto, de la historia de la ley –como veremos– pareciera desprenderse la finalidad de extender las facultades autónomas de la policía a los delitos no flagrantes que fueren denunciados conforme a la letra e) del art. 83, inferida a partir de la modificación sufrida por la letra d) de la citada disposición a través de la Ley 20.931. En ella se insiste en la distinción general entre delitos flagrantes y delitos “denunciados”, cuando se trata de la actuación autónoma de iden-

tificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos presten voluntariamente (letra d) art. 83), aunque nuevamente en términos muy confusos: d) Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, en los casos de delitos flagrantes, en que se esté resguardando el sitio del suceso, o cuando se haya recibido una denuncia en los términos de la letra b) de este artículo. Fuera de los casos anteriores, los funcionarios policiales deberán consignar siempre las declaraciones que voluntariamente presten testigos sobre la comisión de un delito o de sus partícipes o sobre cualquier otro antecedente que resulte útil para el esclarecimiento de un delito y la determinación de sus autores y partícipes, debiendo comunicar o remitir a la brevedad dicha información al Ministerio Público, todo lo anterior de acuerdo con las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional según lo dispuesto en el artículo 87;

El texto anterior a la ley 20.931 señalaba textualmente: “d) Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, tratándose de los casos a que se alude en las letras b) y c) precedentes. Como se observa, esta última parte de la disposición fue suprimida y parece haberse refundido en la cláusula “en los casos de los delitos flagrantes²⁸, en que se esté resguardando el sitio del suceso²⁹, o cuando se haya recibido una denuncia en los términos de la letra b) de este artículo. Esta última hipótesis muestra la falta de prolijidad del legislador, especialmente para delimitarla del supuesto que se prevé en la frase siguiente de la disposición. En efecto, ¿qué significa la remisión a la letra b) del art. 83, que trata sobre la detención en casos de flagrancia? Como se ha dicho, el legislador de la Ley 20.931 contrapone flagrancia con la denuncia de delitos. ¿Se trata ahora de tomar declaración voluntaria a los testigos cuando se realiza la detención por flagrancia? Pero este supuesto no requiere denuncia y, además, se hallaría abarcado ya por la primera hipótesis. ¿O se trata simplemente de un error y se quería hacer remisión a la letra e) del artículo 83? ¿Y lo que se busca es que la policía tome declaración voluntaria a los testigos que acompañen al denunciante? ¿O de aquellos testigos que quieran prestarla cualquiera sea el lapso transcurrido tras la comisión del delito o en cualquier estado del procedimiento, como pareciera desprenderse de la última frase de la disposición?

28 Que haría referencia a la letra b) del art. 83, sobre detención flagrante, aunque también podría aplicarse a la letra c) en casos de flagrancia.

29 Que haría referencia a letra c) del art. 83, que puede darse en casos de delitos flagrantes y no flagrantes.

La historia de la ley arroja luces al respecto, pues se aprecia el propósito de terminar con la “mala práctica” policial de negarse a tomar declaración a los testigos que acuden a las comisarías, con o sin el denunciante, arguyendo que requieren primero una instrucción del Ministerio Público. En efecto, explicando la razón de porqué se agregó esta hipótesis, el senador Espina observó que,

*(...) lamentablemente, esas declaraciones se toman solo cuando se cierra el sitio del suceso, lo que tiene lugar únicamente si se trata de un delito flagrante en que hay un delincuente detenido. Indicó que en todos los demás casos no se toman las declaraciones ni se empadrona a los testigos del lugar, aunque la víctima los sindique como tales y pese a que se ofrezcan voluntariamente para ello*³⁰.

En el mismo sentido intervino el profesor Matus, añadiendo que,

*(...) hay que considerar el caso en que el propio denunciante lleva sus testigos a la policía a declarar. Expresó que, en la actualidad, la práctica policial consiste en derivar a estas personas directamente a la fiscalía, lo que implica un trámite burocrático innecesario y genera el riesgo de perder información*³¹.

Por consiguiente, no se trata de facultar a los funcionarios policiales para que autónomamente citen a los testigos a las comisarías o salgan a obtener declaraciones en terreno sin instrucción o control del Ministerio Público, sino de facultarlos para recibir las cuando los testigos voluntariamente accedan a prestarlas concurriendo ante la policía.

El representante del ministerio público ante la Comisión de Constitución del Senado, al pronunciarse sobre la indicación del Ejecutivo que pretendía extender la facultad policial de empadronar y consignar las declaraciones de testigos cada vez que en el ejercicio de sus funciones tomen conocimiento de un hecho que revista caracteres de delito³² observó que,

30 Intervención del senador Espina en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 82.

31 Intervención del profesor Jean Pierre Matus en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Informe de la Comisión; pág. 87.

32 Indicación 20, de Su Excelencia la señora Presidenta de la República, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 80.

(...) el problema radica en la idea de autorizar la actividad autónoma de las policías cuando en el ejercicio de sus funciones conocen de la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito y que queda fuera de los supuestos de la flagrancia. Expresó que esa idea puede resultar demasiado amplia y colisionar con las atribuciones de dirección exclusiva de la investigación que las disposiciones constitucionales confieren al Ministerio Público. Explicó que el supuesto anterior permitiría que una de las policías opere autónomamente en aquellos casos en que el Ministerio Público ya ha iniciado una investigación con la otra institución policial, lo que puede dar pie a posibilidades ciertas de entorpecimiento, sobre todo tratándose de investigaciones más complejas³³.

En razón de la argumentación anterior se decidió rechazar esta hipótesis amplia reemplazándola por la referida a la recepción de denuncias, de modo que la remisión correcta es a la letra e) y no a la letra b) del art. 83, destacando la importancia de que esta actuación fuera regulada a través de instrucciones generales del ministerio público. Así, el senador Espina sostuvo que,

(...) es importante también que esta facultad se ejerza siempre y en todos los casos en que la policía reciba una denuncia, para evitar cualquier interpretación que le permita desentenderse de esta obligación. Ello, teniendo también en cuenta que se prevé que las diligencias se harán según una instrucción general³⁴.

Sin embargo la “hipótesis amplia” se mantuvo en la última frase de la letra d) del art. 83, pues como se trata de la recepción de declaraciones voluntarias de testigos “fuera de los casos anteriores”, es evidente que se tratará de supuestos en que ha transcurrido bastante tiempo desde la comisión de delito, haya o no una investigación abierta sobre el delito en cuestión. En este contexto, será fundamental la forma en que se regule esta actuación autónoma de la policía y los criterios que se adopten en las instrucciones generales, pues es el fiscal nacional quien debe resolver sobre los límites de la delegación de las atribuciones que al ministerio público corresponden en

33 Intervención del representante del Ministerio Público ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 84.

34 Intervención del senador Espina en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 85

la investigación criminal, tanto por razones de eficacia como por la potencial afectación de derechos fundamentales.

Un criterio clave para la definición de la pertinencia y oportunidad de la injerencia policial autónoma está determinada por el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y el conocimiento que se tiene del mismo a través, por ejemplo, de una denuncia o querrela. Sin perjuicio de los límites temporales fijados para la flagrancia –altamente laxos– otro baremo decisivo se fija en el inciso 2° del artículo 180 CPP, que indica el lapso relevante para la obtención de evidencia útil para la acreditación de un delito. En efecto, en él se señala que “(...) dentro de las veinticuatro horas siguientes a que tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito de acción penal pública por alguno de los medios previstos en la ley, el fiscal deberá proceder a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del mismo, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieran para verificar su responsabilidad (...)”.

En tanto la policía es auxiliar del ministerio público, y la ley insta a la práctica de diligencias útiles y pertinentes de investigación dentro de un determinado lapso que considera relevante para su eficacia, pareciera lógico que este también operara como límite para conferir autonomía a la policía en el contexto de las “primeras diligencias de la investigación”. Por consiguiente, no debieran conferirse facultades autónomas a la policía cuando pueda recabarse la oportuna instrucción particular del fiscal de turno o cargo del caso, a menos que se determinen criterios relevantes, precisos y restrictivos (gravedad de los delitos, circunstancias de su comisión) que ameriten un lapso más prolongado de autonomía desde la realización de la denuncia correspondiente.

El criterio limitador de la ley es extremadamente vago (“hechos lejanos en el tiempo”) e inconsistente con la excepcionalidad de las facultades autónomas que deben tener las policías. Corresponde, pues, al Ministerio Público velar porque tales atribuciones se mantengan dentro de límites razonables, atendida la entidad de los delitos denunciados y las circunstancias que pudieran justificar la actuación de la policía sin necesidad de orden previa del ministerio público, en el contexto de la interpretación histórica restrictiva del artículo 83

CPP³⁵. Como se vio al inicio de este informe, la experiencia comparada muestra que a mayor autonomía que se confiera a la policía, menor será el peso del ministerio público sobre los resultados de la investigación y de su capacidad de dirigir la acción penal pública conforme a criterios jurídico-penales estrictos, cuestión fundamental en un estado constitucional y legal de derecho³⁶.

IV. Ampliación de las facultades autónomas de la policía contempladas en los Arts.129 inciso final, en relación al Art. 215 CPP

La Ley 20.931 modificó el inciso final del art. 129 CPP, sobre detención en caso de flagrancia, añadiendo la frase que se destaca en cursiva:

En los casos de que trata este artículo, la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, para practicar la respectiva detención. En este caso, la policía podrá registrar el lugar e incautar los objetos y documentos vinculados al caso que dio origen a la persecución, dando aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará. Lo anterior procederá sin perjuicio de lo establecido en el artículo 215.

La disposición se refiere al caso de persecución en delito flagrante y a la posibilidad de que, en tales circunstancias, la policía proceda autónomamente a la entrada, registro e incautación de objetos y documentos vinculados al caso que dio origen a la persecución.

Asimismo, se modificó el artículo 215 CPP, suprimiendo la exigencia de orden judicial previa, cuando con ocasión de la práctica de entrada y registro se descubrieren objetos o documentos no relacionados con el caso que dio origen a la medida intrusiva, sino con otro distinto, esto es, los denominados

35 Sobre la génesis de este artículo y las modificaciones sufridas durante la tramitación parlamentaria, cfr. Maturana, Cristián (coord.) Reforma procesal penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 428 ss.

36 Ambos se refiere a las medidas adoptadas en Alemania para mitigar esta tendencia (Estudios, cit., pp.347ss.).

“hallazgos o descubrimientos casuales”³⁷. La señalada disposición quedó redactada en los siguientes términos:

Artículo 215.- Objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado. Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación [previa orden judicial], debiendo dar aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará.

De la lectura sistemática de las modificaciones realizadas a ambas disposiciones legales se concluye que se eliminó el diferente tratamiento procesal de la incautación de objetos y documentos encontrados en lugares cerrados, según si ellos estuvieran o no vinculados al caso investigado, echando de un plumazo por la borda una distinción sustantiva para el debido resguardo de los derechos individuales y las garantías fundamentales. En efecto:

a) Se autoriza a la policía para que, sin necesidad de informar y pedir instrucciones previas al ministerio público ni de autorización judicial en el contexto de la persecución por delito flagrante de un sospechoso que se refugia o halla en un lugar cerrado, mueble o inmueble, pueda ingresar a él, lo registre e incaute los documentos u objetos vinculados al caso que dio origen a la persecución, dando cuenta inmediata al fiscal; la referencia al art. 215 puede resultar controvertida a la luz de la forma en que quedó redactada esta norma, pues pareciera admitir la incautación de objetos y documentos no vinculados al caso (art. 129, inciso final).

b) Se autoriza a la policía para que, sin necesidad de informar ni pedir instrucciones previas al ministerio público, ni tampoco solicitar autorización judicial –que antes se exigía– en el contexto de una diligencia de registro de un lugar cerrado, incaute los documentos u objetos hallados en él que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituye la materia del procedimiento en que la orden respectiva se haya librado, dando cuenta inmediata al fiscal (art. 215).

37 Del alemán Zufallsfunde (Beulke, cit., pp. 178-179).

El art. 215, y el inciso final del art. 129 que remite al primero, ambos del CPP, adolecen de vicios de inconstitucionalidad³⁸, puesto que prescinden de la aprobación judicial previa en hipótesis que no son ni pueden constituir una excepción a la norma constitucional contenida en inciso 3° del artículo 83, la que perentoriamente dispone que,

El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa.

Como sabemos, las únicas excepciones a esta regla son el consentimiento del titular del derecho y la flagrancia, esta última fundada en la necesidad de actuación urgente e inmediata por el peligro en la demora para los fines del proceso penal. En este sentido, la circunstancia de estarse actualmente cometiendo un delito o de que éste acaba de cometerse y la mayor posibilidad de aprehender a quienes efectivamente intervinieron en él y de incautar los instrumentos y efectos del delito³⁹ justifican la excepción al deber general de aprobación judicial previa no obstante que se trata de una amenaza de afectación de derechos

38 En el control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley, aunque fue declarado constitucional, el voto de minoría de los ministros Aróstica, Brahm, Letelier y Vásquez estuvo por declarar inconstitucional el artículo 2°, N°6, referido a la modificación al art. 129 CPP, en los siguientes términos: "Que, la nueva facultad que se le concede a la policía de registrar el lugar e incautar los objetos y documentos en situaciones de persecución de un sujeto sorprendido en delito flagrante, debe ser ejercida previa autorización del juez de garantía competente, a fin de que se respeten las garantías constitucionales referidas al derecho a la intimidad y al respecto a la inviolabilidad del hogar y a toda forma de comunicación privada, que asegura a toda persona el artículo 19, N°s 4 y 5 de la Constitución Política", y "Que, se comparte lo expuesto por el Diputado de la República don Osvaldo Andrade Lara, en su escrito de fojas 352 y siguientes de autos, en cuanto hace presente la atribución privativa de los tribunales de justicia, en orden a autorizar en forma muy excepcional allanamientos al hogar y acceso a las comunicaciones privadas". Sentencia N°3081-2016-CPR, pp. 91-92.

39 Así, la doctrina y la jurisprudencia españolas plantean que la flagrancia se define por tres notas características: 1. inmediatez temporal o "inmediatez de acción"; es decir, que se está cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes; 2. inmediatez personal, consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho; 3. necesidad urgente, de tal modo que la policía, por las circunstancias concurrentes, se vea impelida a intervenir inmediatamente, con el doble propósito de poner fin a la situación existente impidiendo en la medida de lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente (cfr. Alvarez de Neyra, Susana, "Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)", en Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje (RIEDPA), N°2, 2011, pp. 19-20.

constitucionales. También se suele acudir a la idea de flagrancia para conferir cobertura legal a los hallazgos casuales, en tanto ella permitiría entender que la situación fáctica que se produce de forma inesperada o fortuita excusaría de la necesidad de autorización judicial, pues el delito recién se percibe por la evidencia encontrada, exigiendo de manera inmediata la intervención policial⁴⁰.

Pero la flagrancia resulta controvertida en nuestro ordenamiento procesal penal por la excesiva extensión del concepto a hipótesis fictas que no aseguran del mismo modo la vinculación del sospechoso con el delito que se persigue. En efecto, la determinación legal de “tiempo inmediato a la perpetración del delito” habilitaría a la policía para registrar sin control del ministerio público ni autorización judicial previa y dentro del lapso de doce horas un lugar cerrado que bien podría pertenecer a un tercero ajeno a la investigación, e incautar directamente objetos y documentos no vinculados al delito que dio origen a la persecución, sino a uno desconocido y respecto del cual no existiera ningún indicio previo de su existencia⁴¹. Esta posibilidad aparece *prima facie* favorecida por la remisión al art. 215, a pesar de que los antecedentes de la historia legislativa dan cuenta de la voluntad contraria.

En efecto, la referencia que la frase final del art. 129 hace al artículo 215 –que regula la incautación de objetos o documentos no relacionados con el hecho investigado pero que dan cuenta de un hecho punible distinto– se efectuó precisamente para dejar indemne dicho supuesto pues, al momento de la discusión del art. 129, el artículo 215 entonces vigente requería orden judicial previa. El texto del inciso final del art. 129, tal como provenía de la Cámara de Diputados, disponía que tras el ingreso al lugar cerrado y la detención “la policía podrá registrar el lugar, levantar evidencia e incautarse de los objetos y documentos que encontrare, dando aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará.” Esto es, no existía ninguna referencia al carácter “vinculado” o no de los objetos incautados en la persecución flagrante.

40 Álvarez de Neyra, cit., p. 27, haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, el que ha llegado a sostener que, en caso de no existir flagrancia, los descubrimientos o hallazgos casuales entrarían de lleno en el art. 11.1 LOPJ, invalidando las pruebas halladas. Ejemplo de esto es la STS de 20 de septiembre de 2006 que absolvía a los condenados por un presunto delito contra la salud pública, al considerar, en un hallazgo casual, que no existía flagrancia (cfr. sentencias señaladas en nota nº 67). Cfr. *infra* nota 45 para la regulación alemana.

41 Incluso podría darse el supuesto que ello ocurra en persecución de un sospechoso que no fuera habido en el lugar cerrado, pero que se señale que estuvo allí, pues legitimaría el registro que la entrada, registro e incautación se efectúe en el marco de una persecución “para practicar la detención”.

En la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado la Defensoría Penal Pública advirtió acerca de “las consecuencias nefastas que podía tener la amplitud excesiva de esta norma, habilitando el registro de domicilios de personas que cometieron ilícitos menores (piénsese por ejemplo, en un manejo bajo influencia del alcohol), y más grave aún, permitiendo que en caso de que el sujeto perseguido ingresara al domicilio de un tercero, éste no sólo tenga que soportar la irrupción del perseguido y la policía, sino que también, eventualmente, el registro de su domicilio”⁴². Frente a ello, el Senador Araya intervino señalando “que la Defensoría Penal plantea dudas muy plausibles en relación a la materia en estudio. Observó que es muy enojosa la situación que puede afectar al tercero que ocupa el inmueble donde entra una persona perseguida por la policía, pues sin tener nada que ver en el asunto podría ver su vivienda sometida a un registro completo”⁴³. Especial relevancia tiene, atendido el origen gubernamental del proyecto, la intervención de la entonces Ministra de Justicia, quien sostuvo que “las posturas esbozadas podrían compatibilizarse en una posición intermedia, que permita a la policía que persigue al flagrante recoger sin orden previa la evidencia directamente relacionada con el delito cometido que pueda descubrir en el lugar cerrado donde el perseguido se oculta. Agregó que si encuentra antecedentes correspondientes a otros ilícitos, el policía tendrá que recabar una autorización judicial previa para hacer una pesquisa completa del lugar cerrado y recoger la evidencia que no se relacione con el ilícito original”⁴⁴. Por su parte, el profesor Juan Domingo Acosta “se mostró de acuerdo con lo planteado por la señora Secretaria de Estado, argumentando que acoger la disposición original importaría facultar a la policía para hacer allanamientos a discreción. Connotó que a esta solución se le debe agregar una mención al artículo 215, norma que regula la situación del hallazgo fortuito de evidencia no relacionada con la investigación principal, que puede tener lugar al cumplirse una orden judicial de registro”⁴⁵. Fue justamente en base a este argumento que se añadió la referencia al art. 215, para asegurar la necesaria intervención judicial en la incautación de

42 Intervención del representante de la Defensoría ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Segundo Informe de la Comisión, p.120.

43 Intervención del senador Araya en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Segundo Informe de la Comisión, p. 121.

44 Intervención de la Ministra de Justicia en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Segundo Informe de la Comisión, p. 121.

45 Intervención del profesor Acosta en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Segundo Informe de la Comisión, p. 121.

objetos no vinculados, lo que queda en evidencia con la utilización de la expresión “[l]o anterior procederá sin perjuicio de lo establecido en el art. 215”, que se utiliza para dejar a salvo una excepción. De otro modo ¿qué sentido tendría hacer expresa referencia en la disposición a los objetos y documentos vinculados, si en definitiva también los no vinculados podrían ser incautados autónomamente?

Una situación similar se produce con la modificación del art. 215, disposición legal que regula la hipótesis de hallazgos casuales en el marco de la ejecución de una diligencia de registro autorizada judicialmente. Antes de la reforma se exigía, para la incautación “de objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado”, una orden judicial previa que ponderara las circunstancias del hallazgo con la entidad del derecho constitucional amenazado o perturbado. La supresión de este requisito fundamental en una hipótesis que la propia ley designa como el descubrimiento de evidencia de un delito no relacionado con aquel que es materia del registro autorizado, así como la ausencia de necesidad imperiosa que impida la suspensión del registro para recabar dicha orden, nos lleva a afirmar la inconstitucionalidad de la disposición legal en estudio. En efecto, el registro e incautación autónoma de la policía respecto de objetos y documentos no vinculados con los hechos investigados afecta la esencia de los derechos constitucionales a la inviolabilidad del hogar y al debido proceso, al prescindirse del control judicial ex ante de medidas intrusivas que no han podido fundarse en indicios previos de su existencia, y cuya procedencia y proporcionalidad solo pueden ser ponderadas debidamente por un órgano jurisdiccional.

Si bien la regulación alemana sobre hallazgos casuales, en relación a una entrada y registro autorizado judicialmente, no exige solicitar la aprobación judicial previa para proceder a la incautación de objetos que no guarden relación con los hechos en actual investigación⁴⁶, es importante destacar que en dicho país no se encuentra garantizado a nivel constitucional el control jurisdiccional previo de las actuaciones de persecución penal que afecten derechos constitucionales. No obstante, la jurisprudencia alemana

46 § 108.I StPO, cuyo texto señala: “Si, con ocasión de un registro, se encuentran objetos que, aunque no guarden relación con la investigación, indiquen la perpetración de otro delito, deben ser incautados por el momento. La fiscalía debe ser informada”.

ha rechazado la aplicación de este párrafo cuando pueda acreditarse que el hallazgo de objetos no relacionados no fue "casual" sino que fueron deliberadamente buscados por la policía. Asimismo, ella aplica la teoría de la ponderación de los intereses en conflicto, esto es, sopesa de modo concreto el interés en la persecución penal del delito con el interés individual afectado para pronunciarse sobre la admisibilidad probatoria de tal evidencia.

V. La reforma del Art. 206 CPP

Finalmente nos referiremos a la modificación del art. 206 CPP, pues la ley 20.931 introdujo una nueva hipótesis de entrada y registro a lugares cerrados sin autorización judicial:

Artículo 206 inciso primero.- Entrada y registro en lugares cerrados sin autorización u orden. La policía podrá entrar en un lugar cerrado y registrarlo, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorización u orden previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito, o que exista algún indicio de que se está procediendo a la destrucción de objetos o documentos, de cualquier clase, que pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión de un hecho constitutivo de delito, o aquellos que de éste provinieren.

Se introduce otra facultad policial autónoma en un supuesto que en modo alguno resulta equiparable a los actualmente previstos en el art. 206, los que constituyen situaciones de flagrancia o de peligro para las personas, y sí justifican una restricción al derecho a la inviolabilidad del hogar. En tal sentido, este precepto legal es inconstitucional.

Cabe tener presente que la Comisión de Constitución del Senado rechazó una indicación del Ejecutivo (N°60) orientada expresamente a regular el caso de incautación de objetos no vinculados en el marco de una entrada y registro en virtud del art. 206, exigiendo que solo se pudiera proceder a ella "previa orden judicial, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 9". No obstante, dicha indicación fue rechazada por

la Comisión, la cual consideró que en este caso procedía la incautación autónoma por la policía⁴⁷.

Por consiguiente, se habilita a la policía para ingresar y registrar autónomamente un lugar cerrado con el fin de evitar una potencial pérdida de medios probatorios bajo un estándar mínimo de comprobación, a saber, basta que “exista algún indicio” de destrucción de evidencias que “pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión de un hecho constitutivo de delito”, o bien “aquellos que de éste provinieren”.

Ahora bien, el “indicio” no es más que una conjetura, la inferencia de un hecho que no se conoce a partir de uno que sí se conoce, mediante un razonamiento lógico inductivo-deductivo⁴⁸. Resulta altamente discutible que la policía, sin antecedentes previos serios, se percate desde lugares abiertos o en la vía pública de indicios que al interior de “un lugar cerrado se están destruyendo documentos u objetos que dan cuenta de un delito”. Si contara con tales antecedentes, correspondería solicitar la respectiva autorización judicial. A la luz de la intervención del senador Espina, pareciera que la finalidad hubiera sido habilitar a la policía para actuar autónomamente en forma análoga a como lo hace con el control de identidad, sin consideración alguna a la entidad del derecho constitucional vulnerado. En efecto, en una valoración de los intereses en juego, esto es, la existencia de “indicios de una potencial destrucción de evidencia respecto de cualquier delito”—pues no hay restricciones por gravedad— versus “el derecho constitucional a la inviolabilidad del hogar o domicilio”, no cabe duda que, en tales términos, se infringe el principio de proporcionalidad, máxime cuando se prescinde del control previo del ministerio público y la intervención del juez de garantía.

47 En ese sentido, el senador Espina intervino señalando que “en los hechos, el policía que hace el hallazgo de evidencia debe ubicar telefónicamente al fiscal para solicitar que autorice el levantamiento. Eso, añadió, no es fácil porque los fiscales son difíciles de ubicar ya que generalmente están en audiencia. Y añadió que ello no basta, porque una vez que el fiscal es advertido de la situación, debe solicitar al juez de garantía una autorización especial, procedimiento que puede tardar un lapso considerable de horas. Explicó que en el intertanto, buena parte de la evidencia habrá desaparecido”. Esta intervención muestra una nula comprensión de la importancia de estos controles en el sistema procesal penal chileno, prefiriendo el sacrificio de las garantías a la búsqueda de soluciones técnicas de comunicación más expeditas.

48 Maier, Julio: Derecho procesal penal, III (Actos procesales), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 180.

No obstante la inconstitucionalidad del precepto legal en relación a la entrada y registro en lugar cerrado, cabe efectuar una interpretación conforme con la Constitución cuando se trate del hallazgo –y posible incautación– de objetos o documentos en el lugar cerrado que se registra, y siempre que no estemos frente a un delito flagrante⁴⁹. En tal caso, la policía requerirá de orden judicial para incautar los objetos que encuentre al efectuar el registro autónomo, pues si se trata de objetos relacionados con el hecho investigado procede aplicar la norma del art. 217 CPP, que exige orden judicial si la persona afectada no entrega voluntariamente los objetos o cuando el requerimiento de entrega pueda poner en peligro la investigación. Si se descubren objetos no relacionados con el delito investigado no cabe aplicar el art. 215 CPP, pues dicha disposición contiene una regla excepcional que solo es admisible respecto del registro fundado en una orden judicial⁵⁰. La existencia de tal orden judicial previa permite asegurar, siquiera preliminarmente, que existe una investigación formal en curso cuyos antecedentes fueron valorados por un tribunal y que los hallazgos de objetos que dan cuenta de la comisión de otro delito fueron efectivamente casuales o imprevistos. Por consiguiente, en este caso procede la aplicación general del art. 9 CPP, esto es, se requiere autorización previa del tribunal de garantía.

VI. Conclusiones

a) En el derecho comparado se aprecia un relevante margen de autonomía de la policía en el ámbito de la persecución penal de los delitos. En la práctica esto significa que aunque la policía se encuentre funcionalmente subordinada a la dirección del ministerio público, siempre ha tenido –o han ido ampliándose– sus atribuciones autónomas en la investigación de los delitos. Resulta sin embargo criticable que, en Chile, esta mayor independencia no ha ido acompañada de una mayor exigencia de responsabilidad, tanto administrativa como penal.

49 En tal caso, la hipótesis de flagrancia cubre o absorbe este supuesto, haciendo procedentes sus reglas particulares.

50 "Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado...".

b) La Ley 20.931 estuvo orientada, entre otros objetivos, a dotar de mayores atribuciones a la policía en relación con el sitio del suceso, denuncias del público y en el contexto de medidas intrusivas que pueden dar lugar a los denominados “hallazgos casuales”. Esta ampliación de facultades conlleva problemas interpretativos y, en algún caso, objeciones de constitucionalidad.

c) En relación al sitio del suceso, se precisa que las facultades del art. 83 letra c) operan tanto en el caso de delitos flagrantes con imputado detenido como en el caso de denuncias penales sin detenidos y en cuya investigación se encuentren “señales o evidencias” de su perpetración. La expresión utilizada por el legislador da cuenta de la preocupación por incluir expresamente dentro del concepto de sitio del suceso aquellos lugares que técnicamente no se consideren tales –por no tratarse del lugar de comisión del delito– pero que tienen relevancia probatoria y deban ser custodiados, tanto en caso de flagrancia como denuncia.

d) De relevancia es la pregunta sobre la incidencia que tendría la nueva distinción sobre el carácter de los lugares que podrían ser objeto de la facultad policial autónoma establecida en la letra c) del art. 83 CPP. En efecto, la reforma legal añade a la tradicional clasificación fenoménica entre lugares “abiertos o cerrados” la más jurídica que distingue entre lugares “públicos o privados”. No obstante, estimamos que implícitamente siempre ha reconocido esta última distinción al exigir, para la entrada y registro en lugares cerrados, el consentimiento del “propietario o encargado” o, en su ausencia, la correspondiente autorización judicial, en tanto un lugar privado suele estar delimitado por cierres u otros mecanismos análogos que impiden el libre acceso del público a él.

e) Para que se “encuentren” señales o evidencias del delito, el lugar será regularmente uno abierto o público, pues solo a través de una denuncia fundada tales evidencias podrían encontrarse en lugares cerrados. Al respecto, y por las restricciones espacio-temporales que habilitan el ejercicio de facultades autónomas, consideramos que el ingreso de personal policial experto al sitio del suceso cuando este fuere cerrado o perteneciere a particulares solo podrá efectuarse autónomamente y sin autorización judicial cuando concurra alguna de las excepciones previstas en el art. 206, incisos 1° y 3°, que hasta antes de la reforma de 2016, se fundaban estrictamente en la concurrencia de delitos flagrantes.

f) La voluntad legislativa de ampliar las facultades autónomas de la policía a supuestos en los que existe la mera denuncia de un delito debe conciliarse con el fundamento estrictamente excepcional de tal autorización, a saber, la impostergabilidad de la persecución penal en el marco de las primeras diligencias de la investigación, por el peligro que conlleva su demora, a saber, potenciales daños para la víctima o pérdida de la evidencia. En efecto, la injerencia en los derechos de las personas sin el control del ministerio público, ni previa aprobación judicial debe sostenerse razonablemente en un pronóstico objetivo de peligro para la indemnidad de las personas o los fines de la investigación, como obtener evidencia útil o evitar su remoción o destrucción, de modo que los límites ya bastante extensivos de la flagrancia constituyen una valla infranqueable. Consecuentemente, cualquiera sea la forma en que se tome conocimiento del hecho punible, la actuación policial autónoma debe limitarse a los tiempos máximos que el legislador ha establecido para la flagrancia ficta. Fuera de este caso excepcional, carece de toda justificación constitucional y legal la actuación policial al margen de la dirección y la responsabilidad del ministerio público en el ejercicio de la persecución penal pública.

g) La modificación del inciso final del art. 129 CPP traía, en un principio, únicamente como consecuencia la autorización a la policía para ingresar a un lugar cerrado cuando estuviere en actual persecución del sospechoso de un delito, no solo para practicar su detención sino también para registrar el lugar e incautar los objetos y documentos vinculados al caso que dio origen a la persecución, dando aviso de inmediato al fiscal. Se mantuvo el inciso final que establece que lo anterior procederá “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 215”. Esto es, aún en casos de delito flagrante, el legislador exigía el criterio de conexión de los objetos y documentos susceptibles de incautación con el hecho en actual persecución penal. Sin embargo, con posterioridad se modificó el artículo 215 CPP suprimiendo la exigencia de orden judicial previa, cuando con ocasión de la práctica de entrada y registro se descubrieren objetos o documentos no relacionados con el delito que dio origen a la medida intrusiva, sino con otro distinto. De la lectura sistemática de las modificaciones realizadas a ambas disposiciones legales se concluye que se eliminó el diferente tratamiento procesal al hallazgo de objetos y documentos en lugares cerrados, según si estuvieran o no vinculados al caso investigado, eliminando distinciones sustantivas para el debido resguardo de los derechos individuales y las garantías fundamentales.

h) En nuestra opinión, el artículo 215 CPP – y el inciso final del art. 129, por su remisión a éste– adolece de vicios de inconstitucionalidad, puesto que prescinde del control del ministerio público y la aprobación judicial previa en hipótesis que no son ni pueden constituir una excepción a la norma contenida en el inciso 3º del artículo 83 de la Constitución. Las únicas excepciones a la regla constitucional son el consentimiento del titular del derecho y la flagrancia, esta última fundada en la necesidad de actuación urgente e inmediata por el peligro en la demora para la protección de la víctima y el esclarecimiento procesal de un delito determinado.

i) Por último, la modificación al art. 206 CPP significó habilitar a la policía para efectuar entradas y registros en lugares cerrados en una hipótesis no asimilable a la flagrancia o al peligro para bienes personalísimos, únicas justificantes –en principio– de una restricción al derecho a la inviolabilidad del hogar. En su virtud se autoriza a la policía para ingresar y registrar autónomamente un lugar cerrado con el fin de evitar una potencial pérdida de medios probatorios bajo un estándar mínimo de comprobación, a saber, que “exista algún indicio” de destrucción de evidencias que “pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión de un hecho constitutivo de delito” o bien “aquellos que de éste provinieren”. Este precepto legal viola el principio de proporcionalidad de los bienes o intereses en juego introduciendo un nuevo vicio de constitucionalidad.

j) No obstante el vicio de inconstitucionalidad del art. 206 CPP referido a la entrada y registro en lugar cerrado, cabría efectuar una interpretación conforme con la Constitución cuando se trate del hallazgo y eventual incautación de objetos o documentos vinculados o no al delito investigado en hipótesis distintas de la flagrancia. En el primer caso es aplicable el art. 217 CPP, disposición legal que exige orden judicial si la persona afectada no entrega voluntariamente los objetos o cuando el requerimiento de entrega pueda poner en peligro la investigación. En el segundo caso no cabe aplicar el art. 215 CPP, pues dicha disposición contiene una regla excepcional que solo es admisible respecto del registro fundado en una orden judicial. Por consiguiente, fuera de los casos de flagrancia –que se rigen por sus reglas y fueron analizadas– procede la aplicación general del art. 9 CPP, esto es, se requiere instrucción previa del ministerio público y, en su caso, autorización del tribunal de garantía.

VII. Bibliografía

Alvarez de Neyra, Susana, "Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)", en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje (RIEDPA)*, N°2, 2011.

Ambos, Kai: *Estudios de derecho penal y procesal penal (Aspectos del derecho alemán y comparado)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

"Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei, Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens und organisierte Kriminalität", Jura, 2003.

Beulke, Werner: *Strafprozessordnung*, 12 Aufl., C.F. Müller, 2012.

Gless/Grote/Heine (eds.) *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, T.I, 2001, pp. 660 ss.; Paeffgen, "'Verpolizeilichung' des Strafprozesses- Chimäre oder Gefahr?", en Wolter (ed.) *Symposium für Rudolphi*, 1995.

Horvitz/López, *Derecho Procesal Penal chileno*, T. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

Israel/Kamisar/LaFave, *Criminal procedure and the Constitution*, West Publishing Co., Minnesota, 1994, p. 24.

Kindhäuser, Urs: *Strafprozessrecht*, 2ª. Ed. Nomos, Baden-Baden, 2010.

Maier, Julio: *Derecho procesal penal*, III (Actos procesales), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.

Maturana, Cristián (coord.) *Reforma procesal penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias*, Tomo I, Facultad de Derecho U. de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

III. Sobre la procedencia de apreciar un delito de robo con homicidio y otras consideraciones jurídicas en los hechos investigados por la Fiscalía Local de Coquimbo

Luis Rodríguez Collao

Doctor en Derecho U. de Lérida.

Profesor Derecho Penal. P.U.C.V.

Guillermo Oliver Calderón

Doctor en Derecho U. de Barcelona.

Profesor Derecho Penal y Procesal Penal. P.U.C.V.

I. Introducción

Se nos ha pedido una opinión jurídica acerca de la procedencia o improcedencia de apreciar un delito de robo con violencia o intimidación en las personas calificado y sobre otros aspectos jurídicos, en los hechos que están siendo investigados por la Fiscalía Local de Coquimbo.

Hemos decidido dividir este informe en nueve secciones: primero, una relación de los hechos sobre los cuales recaen las consideraciones jurídicas posteriores; segundo, una explicación acerca del delito de robo con homicidio; tercero,

un apartado donde se examinan los requisitos necesarios para que exista culpa en la actuación de una persona y para poder imputarle objetivamente un resultado; cuarto, una sección referida específicamente a la autoría y a la participación; quinto, una parte en que se examina la posibilidad de que la violencia o intimidación posterior a la apropiación configure un delito de robo; sexto, un apartado destinado a la posibilidad de apreciar un delito continuado de robo con fuerza en las cosas; séptimo, un acápite destinado a examinar el tema del íter críminis en relación con los delitos de robo con fuerza en las cosas; octavo, una sección en que se analiza la posibilidad de agravar la responsabilidad penal por la pluralidad de intervinientes en el delito; noveno, un apartado en que hacemos una valoración jurídica de los hechos, al tenor de las cuestiones dogmáticas recién mencionadas; para terminar con unas conclusiones y un listado de bibliografía utilizada.

1. Relación de los hechos

El 11 de noviembre de 2016, cuatro adolescentes y dos adultos llegaron a bordo de un vehículo (en adelante, vehículo A) antes presumiblemente sustraído desde la vía pública en La Serena, a la ciudad de Ovalle.

Encontrándose en esta última ciudad, se aproximan a un automóvil estacionado en una calle (en adelante, vehículo B), abren su puerta y al intentar forzar su chapa de contacto, comienza a sonar la alarma, por lo que desisten de llevar a cabo la apropiación.

Luego, a bordo del mismo vehículo A, pasan por las obras de construcción del hospital de Ovalle y sustraen un automóvil (en adelante, vehículo C) que estaba estacionado, lo que advierte un guardia de la obra.

Los integrantes del grupo se retiran del lugar con ambos vehículos (A y C), se dirigen hacia Coquimbo y son perdidos de vista.

Alertados por el guardia de la obra, dos motoristas de Carabineros emprenden rumbo hacia Coquimbo, pensando que el grupo había tomado esa ruta, y a la altura del kilómetro 8,5 de la carretera que une las ciudades de Ovalle y Coquimbo, divisan ambos automóviles y advierten que el vehículo C era empujado por sus ocupantes, porque había quedado sin bencina.

Al ver a los policías, los miembros del grupo abandonan el automóvil C, que termina desbarrancando por el impulso, y se suben al vehículo A, iniciándose una persecución, durante la cual se intentaron, sin éxito, por Carabineros, tres bloqueos, utilizando vehículos institucionales y particulares. Finalmente, se intentó un cuarto bloqueo, para lo que un motorista de Carabineros conminó a un bus que transportaba pasajeros a atravesar la máquina.

Este último bloqueo ocurrió cuando los imputados estaban a unos 60 metros de distancia y viajaban a 140 kilómetros por hora aproximadamente, o sea, avanzaban en fuga 38,8 metros por segundo; circunstancias en las cuales no era posible para el conductor del vehículo A, reaccionar y detenerlo sin impactar al bus que obstaculizaba el camino. La evidencia, en efecto, demuestra que un vehículo que circula a esa velocidad, requiere más de 70 metros para frenar y más de 25 metros para que el conductor reaccione al ver el peligro y pise el freno.

En estas circunstancias, el conductor optó por salirse de la calzada asfaltada y tomar por la berma de tierra, para luego intentar retomar la calzada, instante en el que intempestivamente enfrentó a dos motoristas de Carabineros que circulaban en sentido contrario, quienes se desplazaban a 60 kilómetros por hora, los que impactaron al vehículo A y perdieron la vida. Así, considerando la velocidad de desplazamiento de los inculpados y de los motoristas, una simple operación aritmética revela que entre el momento en que el conductor del vehículo A se percata de la presencia de los motoristas y el momento en que se produjo la colisión, no transcurrieron más de dos segundos.

Por estos hechos, los imputados han sido formalizados por el delito de robo con homicidio (concatenando para ello, el robo del vehículo C y la muerte de los motoristas, y basándose en la expresión “luego de cometido el delito para favorecer la impunidad” que utiliza el artículo 433 del Código Penal), receptación del vehículo A, robo frustrado en bien nacional de uso público respecto del vehículo B y por homicidio frustrado de los carabineros que intentaron detener la huida del grupo en varios lugares de la carretera.

2. Delito de robo con homicidio

El texto vigente del artículo 433 del Código Penal, en la parte que a nuestros fines interesa, es el siguiente: “El culpable de robo con violencia o intimi-

dación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado: 1. Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio o violación (...).”

La opinión prácticamente unánime en la doctrina plantea que el robo con homicidio es un tipo penal; más específicamente, una forma de robo con violencia o intimidación en las personas. Los autores, en efecto, distinguen entre una figura básica de este delito, ubicada en el artículo 436 inciso primero del Código Penal y varias figuras calificadas, contempladas en el artículo 433 del mismo Código, entre las que se cuentan, el robo con homicidio, el robo con lesiones, el robo con violación y el robo con retención¹.

Por otra parte, la figura de robo con homicidio suele ser planteada como un delito complejo, es decir, un tipo que reúne dos o más conductas que, independientemente consideradas, de todos modos son constitutivas de delito y cuya importancia dogmática consiste en resaltar la necesidad de que en tales casos se den todos los supuestos típicos que la ley demanda por separado. Pese a ello, la doctrina desde siempre ha reconocido que la figura pertenece al sistema de los delitos contra la propiedad y, más específicamente, que es una forma de robo calificado (o cualificado, como también se lo denomina).

Desde un punto de vista valorativo, la cualificación se funda en que aquí existe una verdadera lesión del bien jurídico vida y no una simple puesta en peligro, como puede suceder en el tipo básico de robo con violencia o intimidación en las personas. De ahí que los autores unánimemente reconozcan que la figura de robo con homicidio es un delito pluriofensivo, que tiende a la tutela de dos bienes jurídicos independientes entre sí: la vida y la propiedad. Ello, por cuanto el tipo exige la realización de dos conductas delictivas: una apropiación susceptible de ser calificada como robo y la muerte inferida a una persona.

¹ Este es el esquema que utilizan BULLEMORE / MACKINNON (2005), III, p. 102; ETCHEBERRY (2010), III, p. 338; GARRIDO (2007), IV, pp. 191-193; GUZMÁN (2007), p. 411, y POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2011), II, pp. 355-367.

Sin embargo, el mismo texto de la disposición y su ubicación sistemática dejan en claro que el hecho debe ser susceptible de calificarse como robo con violencia o intimidación, sin que baste su encuadramiento en la figura de robo con fuerza en las cosas.

El delito de robo con homicidio, en efecto, se encuentra tipificado dentro del párrafo II del Título IX, del Libro II del Código Penal, cuyo epígrafe reza: “Del robo con violencia o intimidación en las personas” y el encabezamiento del artículo 433, que da inicio a dicho párrafo, alude también de modo expreso a ese mismo delito. Por ello, el vocablo robo que utiliza el N° 1 de aquel artículo no puede sino estar referido al delito de robo con violencia o intimidación en las personas.

En relación con el segundo componente de la figura, existe consenso en que el vocablo homicidio debe ser apreciado como un elemento normativo del tipo y no como un elemento descriptivo. Ello obedece a que el precepto utiliza precisamente esa palabra, que posee un evidente contenido jurídico, en lugar de referirse a la muerte, vocablo que denota un claro sentido natural, como lo hacen otras disposiciones del Código Penal (por ejemplo, el artículo 393)² y como lo hacen también otras legislaciones respecto de esta misma figura³. Por este motivo, la muerte fortuita queda fuera del ámbito de aplicación del robo con homicidio, aunque ella ocurra como consecuencia de los actos realizados para llevar a cabo la apropiación⁴.

También queda excluida la muerte atribuible a culpa⁵, porque si bien ésta puede calificarse de homicidio, según el léxico que utiliza el Código Penal, no debemos olvidar que las acciones que tipifica dicho texto normativo sólo

2 En este sentido, con referencia al derecho argentino DONNA (2008), p. 193 y, con referencia al derecho español vigente con anterioridad al Código Penal de 1995, RODRÍGUEZ (1991), p. 434.

3 Cfr., por ejemplo, el párrafo 251 del Código Penal alemán y el artículo 210.3 del Código Penal portugués.

4 En este sentido, entre nosotros, ETCHEBERRY (2010), III, p. 339 y GARRIDO (2007), IV, p. 196. De la misma opinión, tomando como base el derecho español vigente con anterioridad al Código Penal de 1995, QUERALT (1992), p. 261. Hay autores que aceptan la muerte fortuita, pero razonando a partir de textos legales que sólo exigen una relación de causalidad entre la muerte y el robo, pero no la comisión de un homicidio, como sucede en nuestro país. Así, por ejemplo, GIMBERNAT (1964), p. 449.

5 En este sentido, entre nosotros, ETCHEBERRY (2010), III, p. 339 y LABATUT (2000), II, p. 203. BULLEMORE / MACKINNON (2005), III, pp. 105-106, fundan la inadmisibilidad del homicidio culposo en la imposibilidad de establecer el vínculo de orden subjetivo que el tipo exige entre la apropiación y la muerte. En detalle sobre la posibilidad de asociar la muerte causada culposamente a la figura de robo con homicidio, GIMBERNAT (1964), pp. 443-448.

admiten una forma de ejecución dolosa, salvo que la propia redacción de un precepto utilice alguna expresión de la cual pueda inferirse la voluntad de sancionar la ejecución imprudente de una determinada conducta. A lo anterior cabe agregar un antecedente de índole formal: que los tipos culposos previstos en los artículos 490 y siguientes del Código Penal, sólo se refieren a los delitos contra las personas y el robo con homicidio, en el ordenamiento jurídico chileno, como ya se explicó, es una figura perteneciente al ámbito de los delitos contra la propiedad, como lo pone de manifiesto su ubicación dentro del Título IX del Libro II de dicho Código⁶.

En términos generales, la doctrina concuerda en que la apropiación ocupa un lugar preponderante respecto de la muerte en la estructura del tipo de robo con homicidio, lo cual aparece corroborado, tanto por la ubicación sistemática del precepto –que se sitúa dentro de los delitos contra la propiedad–, como por la propia redacción de la norma que establece una relación de subordinación de la acción homicida al acto de apoderamiento de una cosa ajena. Utilizando expresiones de Guzmán Dalbora, cabe señalar que “la actuación típica, tanto objetiva como subjetivamente, tiende al robo, no al homicidio, sólo que se mata para robar o durante un robo in itinere”⁷.

Entre esos dos hechos ha de existir un vínculo que la ley expresa en los siguientes términos: el homicidio debe cometerse “con motivo u ocasión del robo”, expresiones que no generan mayores dificultades a nivel doctrinal. Así, se entiende que “con motivo” implica una relación de medio a fin, es decir, que la muerte asuma la condición de medio para el logro del objetivo final que es hacer posible la apropiación; en otras palabras, y como suele señalarse, implica “matar para robar”. La fórmula “con ocasión”, en cambio, significa que el homicidio es la conducta (y el resultado) de que se vale el hechor para conseguir su seguridad o su impunidad; es decir, “matar al robar”. La doctrina también concuerda en que esta exigencia debe ser apreciada en términos subjetivos, en el sentido de que el agresor haya concebido en su mente que la muerte era un medio para concretar el apoderamiento o que aquélla actuaría en pro de su seguridad o de su impunidad.

6 En la dogmática argentina también se descarta la posibilidad de incluir la muerte que proviene del actuar culposo del agente. Cfr. DONNA (2008), pp. 193-195, y FONTÁN (2002), pp. 448-449.

7 GUZMÁN (2007), p. 412.

La pena prevista por el artículo 433 N° 1 del Código Penal sólo puede ser impuesta a quien intervenga como autor en los dos hechos que la norma describe, descartándose su aplicación en caso de que la intervención de una persona se limite a uno solo de tales hechos y también cuando un individuo toma parte como autor en uno y como partícipe en el otro. Ello obedece a que el precepto que comentamos exige que el robo y el homicidio hayan sido cometidos por la persona que debe soportar el castigo.

En caso de concurrir varias personas a la ejecución de los hechos, no es necesario que cada una de ellas haya realizado en su integridad todos los actos que los tipos de robo y homicidio requieren. Lo decisivo será que el imputado pueda ser considerado autor de ambos delitos, de acuerdo con las hipótesis que describe el artículo 15 del Código Penal, porque sólo así podrá decirse que aquél técnicamente los cometió, tal como lo exige el artículo 433 N° 1 del mismo Código. La coautoría, por cierto, presupone la existencia de un acuerdo de voluntades que se haga extensivo, tanto al acto de apropiación, como a la muerte de la víctima.

En relación con la víctima, cabe afirmar que si el agresor causa la muerte de más de una persona con motivo u ocasión del mismo robo, se configura un solo delito de robo con homicidio, sin que el número de muertes tenga incidencia en la determinación del título de castigo. Ello obedece a que la norma utiliza la expresión homicidio en singular y desprovista de determinantes; con ello, desde un punto de vista lingüístico-discursivo le atribuye un sentido polivalente que permite captar la comisión de un número indeterminado de homicidios. Este planteamiento se ve corroborado por el empleo de la expresión “las víctimas”, en el artículo 433 N° 3, la cual es claramente demostrativa de que los resultados conexos al robo que menciona esta disposición pueden afectar a más de una persona.

Desde un punto de vista subjetivo, puesto que el robo y el homicidio sólo pueden cometerse dolosamente, forzoso es concluir que la pena prevista en el artículo 433 N° 1 del Código Penal presupone que el individuo haya actuado con voluntad de apropiarse de una cosa mueble ajena y con voluntad de matar a la víctima. Según nuestra opinión, si bien basta el dolo eventual en el caso del homicidio que se comete “con ocasión” del robo, es, en cambio, exigible el dolo directo respecto de la muerte que ocurre “con motivo” de aquel delito, básicamente porque, a nivel subjetivo, este

último vínculo presupone un grado de determinación que sólo es compatible con la actuación con dolo directo.

La consumación del delito de robo con homicidio supone la concurrencia de los dos hechos que integran el tipo: el apoderamiento y la muerte. Más aún, no debemos olvidar que el artículo 433 N° 1 del Código Penal exige que, tanto la apropiación, como el homicidio se encuentren consumados. Esta conclusión fluye claramente del hecho de haberse utilizado el verbo cometer en conjunto con el vocablo además, lo cual implica que robo y homicidio deben estar sujetos a los mismos requisitos. No cabe, pues, aplicar la figura cuando hay apoderamiento de una cosa, sin que se produzca la muerte; y tampoco, cuando la víctima muere, pero no se consuma la apropiación⁸.

3. Algunos aspectos dogmáticos de la culpa y de la imputación objetiva del resultado

Una adecuada protección de los bienes jurídicos exige recurrir a las normas penales no sólo cuando el sujeto causa un resultado voluntariamente, sino también cuando éste se produce como consecuencia de haberse ejecutado la conducta sin el cuidado necesario. En el primer caso, estamos en presencia de un delito doloso; en el segundo caso, estamos frente a un delito culposo.

En el delito culposo, entonces, la vulneración del bien jurídico no es voluntaria, pues el sujeto no busca ni acepta su lesión. El desvalor de acción que fundamenta su castigo debe buscarse, en consecuencia, en la mera infracción del deber de cuidado impuesto por las normas. Por eso puede afirmarse que la esencia de la culpa es una infracción a un deber de cuidado⁹, el cual fluye del conjunto del ordenamiento jurídico como una medio de salvaguarda de los bienes jurídicos y como contrapartida de la libertad de que gozan los individuos¹⁰.

Por otra parte, los delitos culposos exigen siempre un resultado. Sin embargo, no basta con que éste ocurra, sino que además se requiere que él

8 RODRÍGUEZ (2009), pp. 231 ss.

9 En este sentido, entre varios otros, GARRIDO (2007), II, p. 208; HERNÁNDEZ (2011), p. 108; y POLI-TOFF / MATUS / RAMÍREZ (2011), p. 282.

10 HERNÁNDEZ (2011), p. 110.

sea previsible, porque el deber de cuidado sólo tiene sentido respecto de las consecuencias dañosas que las personas pueden prever, es decir, que son susceptibles de representación mental por parte de la persona que ejecuta la conducta que causa el daño. La exigencia de previsibilidad es un hecho que puede considerarse indiscutido a nivel doctrinal y jurisprudencial¹¹, y es lo que marca la diferencia entre una situación susceptible de ser calificada como caso fortuito y otra susceptible de ser catalogada como un hecho culposo.

Con todo, para la existencia de culpa lo requerido es la previsibilidad del resultado, no que éste haya sido efectivamente previsto. Esto da lugar a la clásica distinción entre culpa consciente e inconsciente, que se basa, precisamente, en si la persona efectivamente previó o no el resultado. De modo que hay culpa inconsciente, cuando el sujeto ni siquiera se representa el resultado, siendo éste previsible; y hay culpa consciente, cuando el sujeto efectivamente se representa el resultado, pero en su mente rechaza la posibilidad de que éste ocurra.

En el otro extremo, la diferencia entre culpa y dolo está determinada por el rechazo acerca de la ocurrencia del resultado, en aquélla; y la aceptación del resultado, en el segundo: ya sea como un evento que constituye el objetivo de la actuación del sujeto (dolo directo), ya sea como un evento cuya ocurrencia el sujeto considera simplemente como probable (dolo eventual).

En los delitos culposos, como en todo delito de resultado, la relación de causalidad es un elemento que se entiende incorporado en el tipo y así lo ha reconocido la jurisprudencia chilena, que normalmente recurre a la teoría de la equivalencia de las condiciones para establecer si concurre el vínculo causal. Además, el resultado debe ser objetivamente imputable al autor de la conducta.

Tradicionalmente la atribución del resultado a la actuación de una persona se hacía únicamente a partir de la existencia de una relación de causalidad entre uno y otro elemento. Sin embargo, esa forma de enfrentar el problema tropezaba, por una parte, con la desmesurada amplitud de las soluciones

11 Cfr., por ejemplo, las opiniones de ETCHEBERRY (2010), I, pp. 314-315; GARRIDO (2007), II, p. 208, y NOVOA (2015), I, p. 504.

a que lleva la aplicación de los criterios de causalidad, y por otra, con la imprecisión de tales soluciones. Pero más aún, puesto que el tipo es la descripción de una conducta, el problema de la atribución del resultado no puede circunscribirse a la determinación de los cursos causales, sino que debe tomar como base la posición que asume el sujeto dentro de la estructura del tipo: no se trata, simplemente, de determinar quién es el causante del resultado, sino de precisar quién es el autor del mismo.

Por otra parte, no puede bastar un simple examen acerca de la aptitud causal de la conducta, sino que ésta ha de ser examinada, también, desde una perspectiva jurídica; más concretamente, tomando como base el papel que la conducta asume dentro del tipo, en cuanto éste es expresión de una realidad normativa. Así, pues, desde una perspectiva estrictamente objetiva, la conducta no sólo ha de ser la causa del resultado, sino que además ha de ser contraria al fin de la norma vulnerada.

El criterio de la imputación objetiva no reemplaza al parámetro de la causalidad, sino que lo complementa; es un correctivo frente a determinadas relaciones causales que pueden resultar desmesuradas para imponer una pena. Por ello, una vez que se ha establecido que la actuación del sujeto es causa del resultado, será preciso determinar, además, si éste es objetivamente imputable al individuo.

El criterio de la imputación objetiva exige dos cosas: a) la creación de un riesgo típicamente relevante (lo que se analiza desde una perspectiva ex ante), y b) la realización o concreción de ese riesgo en el resultado (lo que se examina desde una perspectiva ex post)¹².

Para analizar si la conducta causante del resultado crea o no un riesgo típicamente relevante, deben excluirse los siguientes casos:

a) Casos de ausencia de un determinado grado de riesgo (riesgo insignificante). Sólo es imputable objetivamente la creación de un riesgo jurídicamente no permitido, o el incremento del peligro inherente a un riesgo jurídicamente autorizado. Así, habrá imputación objetiva si alguien saca una pieza al motor de un auto de carrera, lo que provoca la muerte del automovilista. Pero no lo

12 Cfr. HERNÁNDEZ (2011), p. 41.

habrá, si se limita a aconsejar o a alentar al automovilista para que participe en una carrera, aunque éste muera.

b) Casos de disminución del riesgo. No hay imputación objetiva cuando se realiza una acción idónea para lesionar a un bien jurídico que ya estaba expuesto a un peligro, si la acción se limita a disminuir dicho riesgo. Así, por ejemplo, no será imputable objetivamente quien para evitar que una persona sea alcanzada por las llamas de un incendio, la empuja violentamente fuera del lugar siniestrado, ocasionándole lesiones¹³.

c) Casos de riesgo socialmente adecuado. Tampoco hay imputación objetiva si la conducta, pese a suponer un riesgo cuantitativamente no despreciable, es socialmente útil. Por ejemplo, cuando se realizan acciones peligrosas para un bien jurídico en el ejercicio de actividades deportivas, tránsito de vehículos, etc.

Como lo hemos señalado, además de que la conducta cree un riesgo típicamente relevante, es necesario que ese riesgo se materialice en el resultado. En otras palabras, que el resultado corresponda exactamente a la concreción de ese riesgo y no de otro. Por eso, no es objetivamente imputable un resultado, aunque haya sido causado por la actuación de una persona, cuando la situación, en su contexto, es ajena al sentido de la norma penal o no es de aquellas que ésta se propuso evitar (queda fuera del ámbito de protección de la norma). De modo que no será objetivamente atribuible la muerte de una persona a quien alguien sólo se propuso lesionar, si aquella consecuencia se produce porque se incendia el hospital hasta donde ella había sido trasladada (el sentido de la norma relativa al homicidio es, precisamente, proteger al individuo frente a acciones homicidas, no frente a incendios fortuitos).

4. Autoría y participación

Si bien desde un punto de vista puramente causal cabría afirmar que toda intervención en el delito aporta un elemento en la cadena de hechos que llevan a su realización, lo cierto es que resulta necesario distinguir entre aportaciones más o menos importantes del hecho, con el fin de asignar una

13 CURY (2005), p. 300; GARRIDO (2007), II, p. 90; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2011), I, p. 180.

pena proporcional a cada modo de intervención. Tal distinción da origen a las categorías de autoría y participación.

En términos muy generales, siguiendo los criterios más comúnmente utilizados en doctrina y en la praxis judicial, puede decirse que es autor quien tiene el dominio del hecho¹⁴, es decir, la persona de cuya voluntad depende la realización de los actos que llevan a la consumación del delito y que, por esto mismo, tiene el poder de decidir si persiste en su ejecución o si se abstiene de seguir ejecutándolo. Es partícipe, en cambio, quien interviene en el delito de modo accesorio o secundario, sin detentar ese poder de decisión implícito en la noción de dominio del hecho.

Doctrinalmente se distinguen tres formas de autoría: autoría inmediata o directa, autoría mediata, y coautoría. Todas ellas aparecen recogidas en el artículo 15 del Código Penal, de acuerdo con el cual, se consideran autores: 1° Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite. 2° Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo. 3° Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

Sin entrar detenidamente en las diversas dificultades interpretativas que ha suscitado este artículo, puede sí afirmarse, de acuerdo con los criterios doctrinales imperantes, que la autoría directa tiene consagración legislativa en el numeral 1, en cuanto exige tomar parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata; que la autoría mediata aparece aludida en el numeral 2, a través del empleo del verbo forzar; y, por último, que la coautoría puede considerarse subsumida en el numeral 1, en cuanto pueden ser dos o más las personas que tomen parte en la ejecución del hecho, en la forma que dicha disposición establece, y también en el numeral 3, en cuanto alude a dos o más personas que se han concertado para ejecutar el hecho.

Existe también un alto grado de consenso en orden a que las formas características de participación son la inducción o instigación y la complicidad. En el ordenamiento jurídico chileno, cabe agregar también el encubrimiento. Todas ellas cuentan con reconocimiento legal expreso: la instigación, en

14 Cfr. CURY (2005), p. 591; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2011), I, p. 399.

el artículo 15 N° 2, en cuanto utiliza el verbo inducir; la complicidad, en el artículo 16 y, según algunos, también en el artículo 15 N° 3; y, finalmente, el encubrimiento en el artículo 17.

Al margen de los requisitos particulares de cada una de sus formas, la participación criminal se encuentra regida por dos principios básicos, sin cuya concurrencia no puede decirse que haya participación. Son los principios de accesoriidad y de convergencia.

a) De acuerdo con el principio de accesoriidad, la punibilidad de las formas de participación depende de que el hecho principal efectivamente llegue a ejecutarse y de que reúna determinados caracteres jurídicos. Por una parte, entonces, el principio implica que el castigo del cómplice o del instigador dependerá de que el o los autores lleguen a dar comienzo a la ejecución del delito. No es necesario que el hecho alcance la consumación, pero sí se requiere como mínimo que haya alcanzado la fase de tentativa (esto último es conocido por un sector de la doctrina como principio de exterioridad). Pero, además, el principio de accesoriidad expresa una exigencia relativa a la calidad jurídica del hecho principal. Pues, obviamente, si el acto principal ejecutado es irrelevante desde el punto de vista penal, no podrá haber castigo para quienes tuvieron una intervención secundaria.

El problema consiste, básicamente, en determinar qué elementos de la estructura del delito debe reunir el hecho principal para que sea procedente el castigo de las formas de participación en él. Al respecto, es prácticamente unánime entre nosotros el criterio denominado de accesoriidad media, el cual exige que el autor haya ejecutado una conducta típica y antijurídica. Esta posición se funda en que los artículos 15 y 16 del Código Penal no utilizan la palabra delito, sino el término hecho (lo cual sugiere que para el castigo del partícipe no es necesario comprobar la culpabilidad del autor ni la punibilidad del hecho), y en diversas disposiciones que agravan la responsabilidad del adulto que delinque con menores de edad, pudiendo ser éstos los autores. Las mismas conclusiones pueden aplicarse al encubrimiento, pese a que el artículo 17 señala que lo encubierto ha de ser un crimen o un simple delito, porque se estima que esos términos tienen por objeto excluir el castigo del encubridor en el caso de las faltas, y no implican una exigencia de culpabilidad o de punibilidad.

b) De acuerdo con el principio de convergencia, ahora, las conductas de autores y partícipes deben estar orientadas al mismo fin delictivo; de modo

que sólo podrá haber participación criminal, si la voluntad de los diversos intervinientes se encamina a un objetivo común. Esta exigencia determina que las formas de participación –al igual que la autoría mediata y la coautoría– sólo admiten dolo. No hay participación culposa en un hecho doloso de un tercero, pues no puede haber participación en un delito si no se tiene conciencia y voluntad de colaborar o instar a él. Tampoco cabe la participación en un delito culposo, pues no puede haber descuidos convergentes.

En relación con el caso a que se refiere este informe puede ser útil dejar establecidas dos cosas respecto del tema de la autoría y la participación:

En primer término, que existen notorias diferencias entre autoría mediata e instigación. De partida, que mientras la primera, como su nombre lo indica, es una forma de autoría, la segunda es una forma de participación. Enseguida, que conceptualmente instigar o inducir significa crear en otra persona la decisión de delinquir, manteniendo esta última el poder de decisión acerca de la ejecución del hecho; el autor mediato, en cambio, utiliza a otra persona como instrumento, a través del dominio que aquél ejerce sobre la voluntad de esta última. Finalmente, que mientras la persona instigada es penalmente responsable como autor del delito, la persona instrumentalizada por el autor mediato no responde penalmente, por ser inimputable, por haber incurrido en error de tipo o de prohibición o por encontrarse en una situación de inexigibilidad de otra conducta (por ejemplo, miedo insuperable o fuerza moral irresistible).

En segundo lugar, cabe señalar que la instigación, pese a que se encuentra consagrada en el artículo 15 del Código Penal, cuyo epígrafe reza “se consideran autores”, no es una forma de autoría, sino de participación. La inclusión de la instigación dentro de aquel artículo sólo obedece a la voluntad legislativa de asimilarla a la autoría en cuanto a la magnitud de la pena, pero no deja de ser lo que en esencia es: una forma de intervención de índole secundaria; y como tal le son aplicables los principios de convergencia y accesoriedad.

5. Posibilidad de que la violencia o intimidación posterior a la apropiación configure un delito de robo

En relación con la oportunidad en que debe emplearse la violencia o la intimidación para que se configure un robo con violencia o intimidación en

las personas, el encabezado del artículo 433 CP señala que estos medios pueden tener lugar “antes del robo [...], en el acto de cometerlo o después de cometido [...]”. La doctrina acostumbra manifestar que la referencia al robo debe entenderse hecha a la apropiación, porque la violencia o la intimidación configuran el robo, no son hechos separados de éste¹⁵.

La consideración de la violencia o intimidación anterior a la apropiación, para facilitar la ejecución del delito, es un reconocimiento de que el solo ejercicio de coacción con dicho fin constituye ya una tentativa de robo¹⁶.

La violencia o intimidación coetánea a la apropiación constituye, probablemente, la forma más frecuente de comisión de este delito¹⁷.

La violencia o intimidación posterior a la apropiación representa una clara anomalía¹⁸, sobre cuyo fundamento no existe unanimidad en la doctrina. Mientras algunos creen que esta previsión legal obedece a un principio de legitimación de la autotutela de la posesión por un breve lapso inmediatamente posterior a la apropiación, otros piensan que se inspira en la regulación de la legítima defensa¹⁹.

Conforme al artículo 432 CP, comete esta clase de delito quien se apropia de una cosa “usando” violencia o intimidación en las personas, y es obvio que si tales medios se emplean después de consumada la apropiación, ésta no se ha cometido usando aquéllos. En realidad, se trata de un concurso de delitos integrado por un hurto y una coacción (destinada esta última a impedir la recuperación de la cosa por parte de la víctima de la apropiación o por parte de un tercero, o la detención del delincuente), que la ley asimila al robo²⁰.

Así lo demuestra un examen del derecho comparado, dentro del cual se aprecian dos tendencias: una consiste en mencionar, al modo chileno, los tres

15 Por todos, POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2011), p. 358.

16 BASCUÑÁN (2002), p. 85; ETCHEBERRY (2010), III, p. 336.

17 ETCHEBERRY (2010), III, p. 336.

18 Así lo consideran, aludiendo a una figura similar contenida en el artículo 628, inciso segundo, del Código Penal italiano, FIANDACA / MUSCO (2007), II, p. 120.

19 Cfr. MAÑALICH RAFFO (2006), pp. 72-78, 81-83.

20 BASCUÑÁN (2002), p. 84.

momentos en que pueden tener lugar la violencia o la intimidación. Es lo que sucede, por ejemplo, en los Códigos Penales argentino (art. 164), ecuatoriano (art. 550), salvadoreño (art. 212), guatemalteco (art. 251) y nicaragüense (art. 266). La otra consiste en establecer una disposición que expresamente ordena castigar como robo un hurto consumado seguido de violencia o de intimidación para asegurar la posesión de la cosa sustraída o favorecer la impunidad. Así ocurre, verbigracia, en los Códigos Penales brasileño (art. 157 N° 1), mexicano (art. 374 N° 2), paraguayo (art. 169), uruguayo (art. 344), venezolano (art. 456), francés (art. 311-11), italiano (art. 628 inc. 2^o) y alemán (parágrafo 252).

En todo caso, para que esta figura de hurto asimilada al robo con violencia o intimidación pueda ser castigada conforme a este último título, es necesario que los medios coercitivos destinados a consolidar la apropiación o favorecer la impunidad se empleen en forma inmediata²¹. Un buen criterio a utilizar para determinar cuándo se cumple esta exigencia de inmediatez, es el que proporciona la legítima defensa²²: si aunque el delito ya esté formalmente consumado, la afectación al bien jurídico se mantiene y el delito aún no se agota –o sea, si todavía existe una agresión ilegítima–, cabe la legítima defensa y el requisito temporal se cumple²³. Por ejemplo, un hurto falta que se acaba de cometer en un supermercado (el sujeto ha traspasado la línea de cajas sin pagar las especies), se convierte en robo si el ladrón emplea violencia o intimidación contra el guardia que lo ha detenido, para tratar de huir, con o sin el botín²⁴. En cambio, un hurto no se convierte en robo si el día siguiente al de la apropiación el ladrón ejerce violencia contra la víctima que intenta recuperar la cosa.

Otro criterio que se ha utilizado en doctrina extranjera es el de la flagrancia delictiva, según el cual la exigencia se cumpliría si no se sobrepasara el tiempo máximo que puede transcurrir desde la ejecución del hecho para poder detener a su autor por delito flagrante²⁵. Este segundo criterio no

21 POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2011), II, p. 359; ETCHEBERRY (2010), III, p. 336.

22 En este sentido, MAÑALICH RAFFO (2006), pp. 81-93.

23 Así, FIANDACA / MUSCO (2007), II, p. 133.

24 A una conclusión similar llega en España SÁNCHEZ-OSTIZ (1999), pp. 807-823, a pesar de que el Código Penal de dicho país no contempla una cláusula como la de nuestro Código, que asimila al robo un hurto seguido de violencia o intimidación. Como se comprenderá, dicho planteamiento se encuentra inspirado en la teoría de la disponibilidad como determinante del momento de la consumación del delito de hurto.

25 En este sentido, VANNINI (1949), p. 262.

puede aceptarse en Chile, dado que conforme al artículo 130 del Código Procesal Penal, el “tiempo inmediato” que tras la comisión del delito no debe transcurrir para poder detener por flagrancia a su ejecutor es excesivamente extenso: doce horas. Claramente, se trata sólo de una ficción legal de flagrancia, cuya constitucionalidad resulta muy discutible²⁶.

En todo caso, a pesar de que la doctrina dominante suele considerar que la previsión legal contenida en el encabezado del artículo 433 CP, acerca de los momentos en que pueden emplearse la violencia o la intimidación (antes de la apropiación, en el acto de ejecutarla o después de ella), es de aplicación general a todas las formas de robo con violencia o intimidación en las personas²⁷, opinión que también tiene apoyo en un importante sector de la jurisprudencia²⁸, ello no puede aceptarse. Como ya lo señalamos, la referencia a la violencia o intimidación posterior a la apropiación, que se encuentra en la citada disposición, representa una anomalía y constituye una asimilación legal al robo de un concurso de delitos integrado por un hurto y una coacción. En otras palabras, se trata de una figura especial que sigue una de las dos formas de consagración que se observan en el derecho comparado. Así las cosas, no parece razonable que se extienda más allá de su radio natural de acción (las figuras de robo calificado). Al robo simple sólo le es aplicable lo dispuesto en el artículo 439 CP, el cual hace referencia a la violencia o la intimidación que se ejercen antes del apoderamiento o durante su ejecución, sin aludir a su empleo posterior a éste. Por lo tanto, a diferencia del robo calificado, en el cual la violencia o la intimidación pueden emplearse en cualquiera de los tres momentos señalados, en el robo simple sólo pueden ejercerse antes de la apropiación o durante ella, no después²⁹.

26 Véase MAÑALICH RAFFO (2006), p. 82, quien afirma que “la aplicación del criterio de la flagrancia resulta problemática”, aunque sin explicar por qué.

27 Así, GARRIDO (2007), IV, pp. 200 s.; KÜNSEMÜLLER (1995), p. 14; VILLENA (2001), p. 155.

28 Entre otras, pueden verse las sentencias de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 24 de marzo de 2010, dictada en causa rol N° 42-2010, y de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 25 de enero de 2011, dictada en causa rol N° 398-2010.

29 En este sentido, GUZMÁN (2009), pp. 475 s.; MERA (1995) pp. 67 s.; EL MISMO, (1993), pp. 121 s. Aceptando esta misma idea, puede verse el voto disidente de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 13 de julio de 2010, dictada en causa rol N° 538-2010. En contra, BASCUÑÁN (2002), p. 84, n. 89.

6. Procedencia de apreciar un delito continuado de robo con fuerza en las cosas

Es perfectamente posible que varios robos con fuerza en las cosas configuren un delito continuado³⁰. Como es sabido, esta figura está constituida por dos o más acciones u omisiones separadas por un cierto tiempo que, no obstante integrar cada una de ellas la misma figura fundamental de delito, se valoran como uno solo, en razón de la homogeneidad de sus elementos. Ningún precepto legal se refiere en nuestro país a esta clase de delito, a pesar lo cual puede decirse que goza de considerable reconocimiento en la jurisprudencia y doctrina³¹ nacionales.

Su origen se encuentra en los prácticos italianos, que crearon este instituto para evitar la aplicación de una muy severa disposición legal que sancionaba con la pena de muerte a la horca a quienes incurrieran en tres o más hurtos. Con posterioridad fue recogido en la legislación italiana, y de allí se trasladó a la dogmática extranjera, que generalmente lo ha elaborado sin contar con legislación positiva que lo consagre³².

Suele señalarse que para estar en presencia de un delito continuado deben concurrir una serie de requisitos, tanto objetivos como subjetivos³³. Son objetivos, en primer lugar, una pluralidad de acciones u omisiones entre las cuales debe haber un cierto espaciamiento temporal³⁴. En segundo lugar, una realización del mismo tipo básico³⁵. No se requiere, entonces, que todas las conductas merezcan idéntica calificación; basta con que las diversas figuras sean analogables, esto es, que puedan ser comprendidas como manifestaciones de un tipo básico. Luego podrá darse tal homogeneidad, por ejemplo, entre un hurto y un robo con fuerza en las cosas³⁶. Y, en tercer lugar, una identidad de sujeto pasivo. Pero no todos los autores están de acuerdo con esta exigencia. Tiende a uniformarse la doctrina en torno a la

30 Esto es algo que en la doctrina española casi nadie discute. Por todos, SÁNCHEZ (2000), pp. 37 s.

31 Cfr. GARRIDO (2007), II, pp. 339 ss.

32 CURY (2005), p. 654.

33 Sobre el tema, con más detalle, RODRÍGUEZ / OLIVER (2009), pp. 254-264.

34 MATUS (2002), p. 388.

35 Así, GARRIDO (2007), II, p. 340.

36 En este sentido, DE VICENTE (1999), p. 151. En contra, FERNÁNDEZ (1997), p. 179.

idea de que ella sólo es importante en los delitos que protegen bienes personalísimos, tales como la vida, la salud, la libertad (ambulatoria y sexual) y el honor; no así en los delitos de significación patrimonial³⁷.

Por lo tanto, tratándose de robos con fuerza en las cosas, puede apreciarse una continuidad delictiva a pesar de que los diversos hechos delictivos atenten contra personas distintas. Se suele afirmar que en estos delitos no es aceptable la mencionada exigencia, porque muchas veces ella depende de imponderables ignorados por el sujeto activo (por ejemplo, cuando las diversas especies sustraídas de un determinado lugar pertenecen a distintas personas)³⁸.

El requisito subjetivo es apreciado de distintas formas en la doctrina. Algunos reclaman una unidad de este elemento, sea que se lo conciba como dolo, resolución, propósito o deseo³⁹. Otros exigen una cierta continuidad u homogeneidad entre las diversas resoluciones o dolos⁴⁰. La primera alternativa, esto es, la que postula la unidad del dolo, propósito o intención, tiene el grave inconveniente de que, si el dolo es unitario, ha de serlo por abarcar de antemano todas las acciones parciales en un propósito común. Pero si es así, esa misma perseverancia en la intención delictiva, lejos de disminuir la reprochabilidad del hecho, la aumenta⁴¹, lo cual no concuerda con la búsqueda de un tratamiento más benigno para el imputado, a través de la consideración unitaria de sus acciones para evitar la aplicación de las reglas agravatorias del concurso real de delitos. Téngase presente que por algo el Código Penal considera como agravante la premeditación conocida en los delitos contra las personas (art. 12 N° 5).

37 GARRIDO (2007), II, p. 341.

38 FERNÁNDEZ (1997), pp. 173 s.

39 En esta línea, ETCHEBERRY (2010), II, pp. 112 y s. En el mismo sentido, LABATUT (2000), I, p. 166. Véase también POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2011), I, p. 449, quienes afirman que esta forma de concebir el elemento subjetivo del delito continuado ha sido seguida por la jurisprudencia nacional.

40 GARRIDO (2007), II, pp. 341 s., adhiere a ambas concepciones. Por su parte, CURY (2005), pp. 656 y s., adopta una posición personal al respecto, señalando que sólo habrá delito continuado cuando la pluralidad de acciones obedezca a una necesidad objetiva de fraccionar el ataque al bien jurídico que, de otro modo, no podría haber tenido lugar. Ello implica –como el propio autor lo reconoce– que la característica aglutinante de las diversas infracciones cometidas por el mismo agente deja de ser de índole subjetiva y vinculada con la reprochabilidad, para pasar a ser de carácter netamente objetivo y a ubicarse en el ámbito del injusto.

41 En este sentido, véase la crítica de CEREZO (2008), p. 1013.

Más congruente se revela la segunda postura, que prefiere poner el acento en la homogeneidad del dolo del agente, la cual vendría dada por obedecer todas las resoluciones delictivas a circunstancias externas semejantes. Así, podrá afirmarse la existencia de un delito continuado cuando el individuo haya actuado sucumbiendo en múltiples ocasiones a la tentación provocada por las mismas o semejantes circunstancias motivantes a la comisión delictiva. Al mismo tiempo, será posible afirmar que su reprochabilidad es menor en la medida en que sus actos revelan una voluntad débil, con lo que el tratamiento unitario y favorable de las diversas acciones adquiere justificación. Es ésta la tesis que nos parece correcta, por ser la única que puede dar sustento a un tratamiento unitario y más favorable a las diversas acciones delictivas ejecutadas por él. Siendo posible recurrir a esta construcción doctrinal sólo en beneficio del imputado, su justificación ha de encontrarse en una disposición subjetiva que trasunte una menor reprochabilidad, y no a la inversa.

En cuanto a su tratamiento penológico, la lógica consecuencia de considerar que el delito continuado es uno solo, es la de aplicarle la pena correspondiente al hecho único cometido⁴². De este modo, si se tratara de varias conductas constitutivas de hurto, por ejemplo, cabría simplemente sumar el importe total de lo sustraído e imponer la pena resultante. La sanción para el conjunto de acciones pasaría a ser idéntica, entonces, a la que habría sido aplicable si el hecho se hubiera ejecutado por medio de una sola acción. Esto, en verdad, resulta fácilmente practicable cuando las conductas realizadas se castigan con penas que se establecen sobre una base acumulable. Tal cosa ocurre en el caso citado, pues en él la pena se calcula sobre la base de los valores económicos involucrados. Pero en los demás casos, esto es, cuando las penas no admiten integración en una sola, como, por ejemplo, cuando se trata de varias acciones constitutivas de robo con fuerza en las cosas, la búsqueda de una penalidad única para todas las infracciones conduce a optar por la pena aplicable a una de ellas, concretamente, la correspondiente a la infracción más grave⁴³.

42 Así, POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2011), II, p. 449.

43 En este sentido, GARRIDO (2007), II, pp. 342 s.

7. Iter criminis en el robo con fuerza en las cosas y, en particular, sobre la posibilidad de que admita la frustración

A diferencia de lo que sucede en el hurto, delito en el cual la conducta que se sanciona es sólo una (apropiarse), en el robo con fuerza en las cosas el comportamiento es doble: apropiarse y ejercer fuerza en las cosas en alguna de las formas que la ley señala. Por lo tanto, dado que no se discute que en el hurto es posible la tentativa, a pesar de que la conducta punible es una sola, atendida su divisibilidad, en el robo con fuerza en las cosas con mayor razón lo es, ya que bastaría con ejecutar, total o parcialmente, uno de los dos comportamientos.

Si el hurto consiste en romper la custodia ajena sobre una cosa y constituir una nueva custodia sobre ella⁴⁴, el robo con fuerza consiste en hacer lo mismo, pero burlando previamente los resguardos o defensas de la cosa. En consecuencia, la tentativa del robo con fuerza en las cosas comienza cuando se empieza a anular los medios de protección de la especie a ser sustraída. Por ejemplo, cuando se rompe la ventana por la que se ingresará a un lugar, cuando se fuerza la cerradura de la puerta de acceso al mismo, cuando se violenta el candado que une la bicicleta al poste, etc.

Si se trata de un lugar, esto es, un recinto cerrado, no es necesario para que comience la ejecución del delito, que el sujeto activo efectivamente se introduzca en él. Su ingreso podría fijar el momento en que empieza a afectarse un especial bien jurídico, como la intimidad del hogar en el caso de un lugar habitado. Pero ya antes se ha iniciado la ejecución del robo con fuerza. Piénsese, por ejemplo, en los daños ocasionados con la previa fractura de la puerta o de la ventana.

En cuanto a la procedencia del delito frustrado, debe recordarse que, de acuerdo con el artículo 7º inciso 2º CP, hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el delito se consuma y ello no se verifica por causas independientes de su voluntad. De ello se desprende que para examinar si es posible la frustración en un

44 Véase OLIVER (2013), p. 51.

delito, debe previamente determinarse si es éste un delito de mera actividad o uno de resultado.

Un delito es de mera actividad cuando no requiere que la acción descrita en el tipo vaya seguida de la producción de un resultado espacio temporalmente separable de la conducta (por ejemplo, el abuso sexual); es de resultado cuando sí lo exige (por ejemplo, el homicidio)⁴⁵. Si un delito es de resultado, la frustración es posible. En efecto, puede ocurrir que el sujeto ponga de su parte todo lo necesario para la consumación del delito, es decir, que realice toda la acción descrita en el tipo (esto es lo único que él puede poner de su parte), a pesar de lo cual no se consume, lo que sólo puede suceder si además de la acción, el tipo exige un resultado. En cambio, si un delito es de mera actividad, la frustración no es posible, ya que al realizar el sujeto activo toda la acción descrita por el tipo (si realiza sólo parte de ella hay tentativa), se alcanza la consumación⁴⁶.

Pues bien, el robo con fuerza en las cosas es un delito de mera actividad, ya que la ley no exige ningún resultado separable, desde un punto de vista espacio temporal, de las acciones que describe (apropiarse y ejercer fuerza en las cosas). Por lo tanto, no cabe la frustración. El hecho de que para la consumación la cosa deba salir de la custodia de su titular no es un resultado distinguible y separable de la conducta de apropiársela. Si no se logra el efectivo desposeimiento, las acciones que integran el delito de robo con fuerza en las cosas no se habrán realizado en plenitud. En consecuencia, la única etapa de ejecución imperfecta que el robo con fuerza en las cosas admite es el de la tentativa⁴⁷.

Desde luego, estamos conscientes de que reiteradamente la jurisprudencia califica como frustrados hechos constitutivos de robos con fuerza en las

45 Por todos, MIR (2004), p. 225.

46 En este sentido, entre otros, CURY (2005), p. 565; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, (2011), p. 379; LABATUT (2000), I, pp. 168, 188. En contra, estimando posible un delito de mera actividad frustrado, VERA (2008), pp. 241-257. Pareciéndonos interesante esta última opinión, que propone como criterio a utilizar el de la mayor o menor cercanía con el bien jurídico protegido (si se estuviera más cerca de atentar en su contra habría frustración; si se estuviera más lejos, habría tentativa), no la compartimos, porque tiende a difuminar la diferencia que la ley establece entre frustración y tentativa; según el artículo 7º inciso 3º CP, aunque falte un solo acto para consumar el delito de mera actividad, habrá tentativa.

47 Así, CURY (1993), p. 70; YÁÑEZ (2009), pp. 13 ss.; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ (2011), p. 309. En contra, AGUILAR (2008), pp. 53 s.

cosas que no han alcanzado la consumación⁴⁸, lo que por las razones que hemos señalado no nos parece correcto. La posición sustentada en esos fallos obedece a una errónea interpretación del artículo 7° CP, que se basa únicamente en la exigencia de que la no consumación obedezca a una causa independiente de la voluntad del sujeto, que contiene la definición del delito frustrado, pasando por alto dos cosas: a) que esa exigencia también rige para la tentativa; y b) que la verdadera diferencia entre delito frustrado y tentativa consiste en la necesidad de haber realizado todo lo que el tipo exige al autor, en el primero, y sólo una parte de lo exigido, en la segunda.

Finalmente, la consumación se produce cuando después de haber superado los resguardos o defensas de la cosa, se rompe definitivamente la custodia anterior sobre ella y se constituye una nueva. Por ejemplo, cuando la especie ajena sujeta a custodia espacial es sacada del lugar cerrado en que se encuentra; cuando la cosa ajena sujeta a custodia en un espacio abierto mediante un dispositivo de protección, es liberada de éste y sometida a custodia por el porte, etc.

8. La pluralidad de intervinientes como agravante de responsabilidad penal

En términos generales, puede decirse que las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal son aquellos hechos, situaciones o datos, ajenos a la estructura del tipo, a los cuales la ley confiere la virtud de servir como instrumento de medición de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto⁴⁹. En otras palabras, hechos, situaciones o datos que inciden en una mayor o menor severidad de la condena, según se trate, respectivamente, de una agravante o de una atenuante.

En relación con los fundamentos de las circunstancias modificatorias, la doctrina tiende a vincularlas con una mayor o menor intensidad de lo injusto o de la culpabilidad, partiendo generalmente del supuesto de que la

48 Entre otras, véanse las sentencias de la Corte Suprema, de 28 de mayo de 2008, dictada en causa rol N° 1394-2008; de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 20 de septiembre de 2007, dictada en causa rol N° 346-2007, y de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 23 de julio de 2010, dictada en causa rol N° 336-2010.

49 RODRIGUEZ (2011), pp. 397 ss.

antijuridicidad y la reprochabilidad son los únicos componentes graduables del delito. Como excepción a este planteamiento mayoritario, y razonando –aunque no de modo exclusivo– sobre la base del ordenamiento jurídico chileno, Rivacoba distingue tres clases de circunstancias: aquellas que tienen su razón de ser en lo injusto, aquellas que se fundan en la culpabilidad y aquellas que reconocen como fundamento razones vinculadas con la punibilidad del hecho⁵⁰.

Entre los criterios que específicamente se mencionan como influyentes en la determinación del fundamento de las circunstancias modificatorias, están, a nivel de lo injusto: la gravedad de los medios de ejecución, la entidad del resultado y la mayor o menor connotación de factores temporales o espaciales; y a nivel de la culpabilidad: la importancia de la motivación, los niveles de imputabilidad y de conocimiento de la ilicitud y la intensidad del dolo y la culpa.

Según nuestra opinión, las circunstancias modificatorias de responsabilidad constituyen específicamente una forma de concreción, en lo cuantitativo, de los presupuestos valorativos en que se asienta la responsabilidad penal, lo cual permitiría afirmar, en principio, que hay circunstancias relacionadas con el sustrato objetivo de aquella forma de responsabilidad; con el sustrato subjetivo de la misma y con los criterios políticos criminales que, bajo la idea de necesidad de pena, dan vida a la categoría de la punibilidad. Pero decimos que sólo en principio, porque en verdad un número importante de circunstancias tiene su razón de ser en más de uno de los criterios recién enunciados⁵¹, como claramente ocurre, por ejemplo, con el ensañamiento y la premeditación.

En lo que respecta a la peligrosidad, cabe señalar que si ésta –al menos en el ordenamiento jurídico chileno– no opera como fundamento de responsabilidad penal, tampoco podrá ser invocado como justificación de la medida en que una persona puede llegar a ser responsable de un hecho. Lo anterior, sin perjuicio de que ella, en tanto que indicio y expresión de una mayor o menor alarma social –determinante de un aumento o de una disminución

50 Esta tercera categoría, únicamente es aplicable a ciertas atenuantes, que RIVACOBA (1988), pp. 491-492, denomina semiexcusas absolutorias.

51 En un sentido similar, aunque discutiendo sobre una base diversa, CURY (2005), II, pp. 99-100. En el mismo sentido del texto, ARIAS (2007), pp. 68-75.

de las necesidades de prevención general–, efectivamente tenga alguna incidencia a nivel de la punibilidad, en cuyo caso podría alcanzar la condición de elemento cofundante de alguna circunstancia modificatoria. Pero, en verdad, de ninguna de éstas puede afirmarse que tenga su razón de ser exclusivamente en la mayor o menor peligrosidad del sujeto.

Del simple tenor de los artículos 62 y siguientes CP –especialmente, por los términos imperativos en que aparecen redactadas estas disposiciones– se desprende con toda claridad que la apreciación de las circunstancias no constituye una facultad de los jueces, sino una verdadera obligación. Es efectivo que el principio de obligatoriedad posee el alcance de constreñir al juez a que conceda efecto agravatorio o atenuatorio a las circunstancias cuya configuración conste en el proceso, es decir, a aquellas respecto de las cuales concurra la totalidad de los presupuestos exigidos en la descripción legal.

Con todo, la apreciación de las circunstancias no es en modo alguno un proceso mecánico o de simple constatación de hechos objetivos. Él supone, por cierto, la acreditación de la base fáctica de cada figura circunstancial, como así también del conocimiento con que ha de actuar el agente, en aquellos casos en que la ley formula una exigencia en tal sentido. Pero supone también la constatación de los fundamentos que inspiran el efecto atenuatorio o agravatorio de la responsabilidad penal⁵².

Así como la existencia de responsabilidad penal sólo puede afirmarse una vez constatados sus presupuestos –delito y punibilidad–, los cuales, a su vez, constituyen la forma de expresión de su triple fundamentación valorativa –sustrato objetivo, sustrato subjetivo y necesidad de pena–, el efecto modificatorio de una determinada circunstancia también ha de suponer que concurren los fundamentos que justifican dicho efecto. Si así no fuera querría decir que principios como el de responsabilidad por el hecho, de lesividad, de necesidad de pena e, incluso la propia exigencia de culpabilidad, quedarían sencillamente desvirtuados en el proceso de individualización del castigo.

De ahí que por mucho que en un caso concreto concurra la totalidad de lo exigido en una figura de atenuación o agravación, no podemos dar por concurrente la circunstancia respectiva si no se comprueba que efectivamente

52 RODRÍGUEZ (2011), pp. 397 ss.

se da su fundamento específico, entendiendo por tal no sólo el ámbito en el cual se dan las razones que justifican el trato agravatorio o atenuante (mayor o menor intensidad del desvalor de acción, mayor o menor intensidad del desvalor de resultado, mayor o menor intensidad de la necesidad de aplicar la pena), sino la causa concreta que sirve de base a aquellos afectos. Así, por ejemplo, no bastará con afirmar una culpabilidad disminuida, porque ello puede provenir, tanto de la reducción de la imputabilidad, como de la exigibilidad de otra conducta.

Algunas de las agravantes que contempla el Código Penal se refieren a la pluralidad de intervinientes en la ejecución de un delito. Pese a que este hecho nunca ha figurado entre las causales de agravación generales que contempla el artículo 12 del Código Penal, sí aparece, aunque con diversos matices, en otras disposiciones del mismo Código. Así, por ejemplo, el artículo 72 agrava la pena de quien se prevale de menores para la ejecución de la conducta; el artículo 368 bis agrava la pena de la pluralidad de autores en algunos de los delitos que atentan contra la integridad sexual, y el artículo 449 bis es aplicable a quienes se asocien para la ejecución de algunas de las conductas que constituyen delitos contra la propiedad.

Respecto de la primera agravante, recordemos que el artículo 72 CP dispone: “En los casos en que aparezcan responsables en un mismo delito individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esta circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración del delito, pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez”.

Como queda de manifiesto de la simple lectura de esta disposición, para que concurra la agravante no basta con que en un delito hayan intervenido conjuntamente personas mayores y menores de dieciocho años, sino que es necesario que una de aquéllas se haya prevalido de un menor, es decir, que se haya aprovechado o servido de él, en cuanto tal, para la ejecución del delito. Los propios términos de la disposición dejan muy en claro que el prevalimiento sólo puede tener por objeto facilitar la comisión del hecho delictivo y no puede perseguir otros objetivos, como, por ejemplo, favorecer la impunidad de uno o más de los intervinientes⁵³.

53 En este mismo sentido, CURY (2005), p. 515, y GARRIDO (2007), I, p. 244.

En relación con el fundamento de la agravante, parece existir consenso en que ella persigue proteger a los menores, que por su falta de madurez pueden ser empujados con mayor facilidad a la comisión de delitos⁵⁴.

Por su parte, el artículo 449 bis CP, introducido por el artículo 1° N° 3 de la Ley N° 20.931, publicada con fecha 5 de julio de 2016, dispone lo siguiente: “Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis de este Título, y del descrito en el artículo 456 bis A, el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo”.

Sobre el sentido y el alcance de esta circunstancia modificatoria, cabe señalar que ella vino a sustituir a la agravante que estaba contemplada en el N° 3 del artículo 456 bis CP (ser dos o más los malhechores) y que la citada Ley N° 20.931 derogó. Sin embargo, ello no quiere decir que la nueva agravante sea idéntica a la anterior. La circunstancia derogada, acerca de cuyo fundamento la doctrina discutió bastante⁵⁵, exigía sólo la intervención de más de un sujeto activo. La nueva circunstancia, en cambio, parece exigir algo más que la simple pluralidad de sujetos, aunque sin llegar a requerir la configuración de una asociación ilícita⁵⁶.

Una interpretación sistemática permite atribuir a la nueva circunstancia agravante el mismo significado que doctrinal y jurisprudencialmente se atribuye a la agravante del artículo 19 letra a) de la Ley N° 20.000⁵⁷, cuya redacción es muy similar. La pertinencia de tal interpretación sistemática se ve reafirmada al constatar que el artículo 226 bis del Código Procesal Penal, que fue incorporado por la citada Ley N° 20.931 y que emplea la misma redacción que el artículo 449 bis CP, permite la utilización de ciertas diligencias de investigación de carácter intrusivo que son propias del fenómeno de la

54 Cfr. MERA (2011), pp. 623-624.

55 Por todos, OLIVER (2012), pp. 235-249.

56 Véase SÁNCHEZ (2016), p. 47.

57 Así, CERDA (2016), p. 51.

criminalidad organizada. Ello demuestra que el ámbito de aplicación de la nueva agravante no es el de una simple ejecución compartida del delito entre dos o más personas, sino el de una agrupación u organización permanente destinada a cometer delitos.

Pues bien, a partir de lo dispuesto en el artículo 19 letra a) de la Ley N° 20.000, puede colegirse que la agravante del artículo 449 bis CP alude a una asociación más o menos permanente en el tiempo, destinada a la comisión de los delitos contra la propiedad que esta última disposición señala, que carece de la jerarquización y organización propias de una asociación ilícita⁵⁸.

9. Valoración jurídica de los hechos

a) Sobre la falta de inmediatez de la violencia desplegada

Conforme al criterio señalado más arriba como el más idóneo para determinar cuándo se cumple la exigencia de que la violencia o intimidación posterior a una apropiación sea inmediata, no puede afirmarse que dicho requisito se verifique en los hechos examinados. Ello es así, porque si bien es cierto que la apropiación del vehículo C, ocurrida en la ciudad de Ovalle, se consumó, en el momento en que ocurrió la muerte de dos personas ya el delito estaba agotado, como lo demuestra el hecho de que en ese instante los imputados no tenían consigo el vehículo, el cual habían abandonado kilómetros más atrás en la carretera que une las ciudades de Ovalle y Coquimbo. Si en ese mismo momento el dueño de dicho vehículo hubiera agredido físicamente a los imputados, no podría haberse considerado su conducta como justificada por la eximente de legítima defensa, porque su comportamiento no habría estado destinado a impedir ni repeler una agresión ilegítima actual o inminente.

Otro tanto cabe decir respecto de la apropiación del automóvil A, ocurrida en la ciudad de La Serena. La circunstancia de que, tras haber sido robado, los imputados se dirigieron en él a otra ciudad considerablemente distante

58 Para comprender el significado de la agravante del artículo 19 letra a) de la Ley N° 20.000, véase MATUS / RAMÍREZ (2015), p. 476.

(Ovalle) y sustrajeron ahí otro vehículo, permite sostener que en el momento en que se produjo la muerte de las dos personas, lo que también sucedió a varios kilómetros de distancia del lugar de ejecución del primer robo con fuerza en las cosas, dicho delito ya estaba agotado. Esta aseveración se reafirma si se considera que entre el momento del robo ocurrido en La Serena y el instante en que se ocasionó la muerte de los dos funcionarios de Carabineros ya habían transcurrido alrededor de cuatro horas, lo que impide considerar tales fallecimientos como constitutivos de violencia inmediatamente posterior a la apropiación del vehículo.

En consecuencia, de comprobarse la intervención de los imputados en las apropiaciones de los vehículos A, B y C, estos hechos sólo admitirían ser castigados a título de robo con fuerza en las cosas, pues ninguno de ellos cumple las exigencias típicas del delito de robo con violencia o intimidación en las personas.

b) En relación con el iter criminis en las apropiaciones de los vehículos

En cuanto a la apropiación del vehículo A, no caben dudas de que alcanzó la consumación, ya que la conducta realizada por los imputados rompió la custodia anterior configurada por un dispositivo de protección del vehículo y constituyó una nueva custodia. Lo mismo cabe decir, por igual razón, respecto de la apropiación del vehículo C, que fue sustraído desde la ciudad de Ovalle, frente a las obras de construcción de un hospital.

En cambio, el comportamiento apropiatorio que los imputados desplegaron sobre el vehículo B, ocurrido también en la ciudad de Ovalle, no alcanzó la consumación, porque tras forzar la chapa comenzó a sonar su alarma, por lo cual éstos se fueron del lugar, sin alcanzar a constituir una nueva custodia sobre el bien. Y como el robo con fuerza en las cosas constituye un delito de mera actividad, por las razones señaladas más arriba, no puede apreciarse a su respecto la frustración. La única etapa de ejecución imperfecta que cabe respecto de un delito de mera actividad es la tentativa. A este título, entonces, deberían ser sancionados los imputados, en caso de acreditarse los hechos, en relación con el intento de apropiación de este último vehículo.

c) En cuanto a la apreciación de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas

Los hechos objeto de este análisis permiten sostener la existencia de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas en bien nacional de uso público. Conforme al relato fáctico que se nos ha entregado para la confección de este informe, los imputados habrían ejecutado, total o parcialmente, tres conductas de apropiación de automóviles que se encontraban estacionados en calles de distintas ciudades: la primera tuvo lugar en la ciudad de La Serena y alcanzó la consumación; la segunda, en la ciudad de Ovalle, pero no logró la consumación, y la tercera, también en la ciudad de Ovalle, frente a las obras de construcción de un hospital, que sí alcanzó la consumación.

Todos los requisitos objetivos examinados más arriba para poder estimar que se está frente a un delito continuado concurren en este caso. En efecto, por una parte, se trata de una pluralidad de acciones entre las cuales ha existido un cierto espaciamiento temporal. Por otro lado, las acciones han importado la realización de un mismo tipo: el de robo con fuerza en las cosas en bien nacional de uso público. Y, en tercer lugar, es indiferente que no exista identidad de sujeto pasivo en las varias acciones, ya que el robo con fuerza en las cosas en bien nacional de uso público no es un delito que proteja bienes personalísimos.

También el requisito subjetivo, de acuerdo con la concepción asumida más arriba, concurre en este caso. En efecto, del relato fáctico que se nos entregara se desprende que en las tres acciones los imputados habrían obrado con un dolo homogéneo, obedeciendo las resoluciones delictivas a circunstancias externas semejantes, dadas por el hecho de encontrarse, en cada caso, en la calle, un automóvil sin resguardo de terceros, lo que provocó una tentación a la que sucumbieron.

De lo anterior se colige que, en relación con las apropiaciones completa o incompletamente ejecutadas de vehículos, los imputados deberían ser sancionados como coautores de un solo delito continuado de robo con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público. Y como la pena de esta figura delictiva, a diferencia del hurto, no se establece sobre una base acumulable, correspondería que se les impusiera la pena del delito más grave, que en este caso sería la de cualquiera de las dos apropiaciones que alcanzaron la consumación.

d) Sobre la posible configuración de un homicidio

Cabe preguntarse, ahora, si la muerte de dos carabineros a consecuencia de haber impactado las motos que conducían contra el vehículo que manejaba uno de los inculpados puede dar lugar a la configuración del delito de homicidio.

Tomando como base las consideraciones expuestas en este informe, no cabe duda de que debe descartarse de plano la posibilidad de atribuir dolo al conductor del vehículo, porque no hay ningún antecedente que permita dar por establecida la voluntad de matar a los motoristas. Todo lo contrario, lo único que puede deducirse de tales antecedentes es que aquél actuó con la voluntad de huir frente a una persecución policial y eventualmente la de salvar su propia vida, la de sus compañeros de fuga y la de los pasajeros del bus que había sido utilizado como barricada por Carabineros.

Más aún, el dolo, como ya se señaló, presupone la previsibilidad del resultado y una actitud de aceptación del mismo, al menos como contingencia que probablemente puede concurrir (dolo eventual). En el caso a que se refiere este informe, la existencia de un bus cruzado en la carretera, que entorpecía la visión del conductor, impidió que éste pudiera prever que dos motoristas se aproximaban en sentido contrario o la posibilidad de impactarlos. Este planteamiento se ve corroborado por el brevísimo lapso (no más de dos o tres segundos) que transcurrió entre el momento en que el conductor se percató de la presencia de los motoristas y el instante en que ocurrió el impacto (lo que, dicho sea de paso, también impidió que los propios motoristas reaccionaran en resguardo de sus vidas, porque para ellos la aparición del automóvil también fue un hecho imprevisto).

Tampoco cabe considerar, por las mismas razones recién expuestas, que los hechos configuren un delito culposo de homicidio, porque la culpa, como ya se explicó, también requiere la previsibilidad del resultado.

No son éstas las únicas razones que permiten descartar la configuración de un homicidio. A la misma conclusión conduce el hecho de que el resultado no sea objetivamente imputable al conductor del vehículo, y mucho menos al resto de sus ocupantes. La actuación de aquél, en efecto, no se concreta en la creación o en el aumento del riesgo a que se vieron expuestos los bienes jurídicos de diversas personas presentes en el lu-

gar de los hechos: los motoristas fallecidos, otros carabineros presentes en el lugar, los pasajeros del bus utilizado como barricada o los propios acompañantes del conductor.

Una justa valoración del peligro a que estuvieron expuestos esos bienes jurídicos, lleva necesariamente a concluir que la actividad desplegada por el conductor del vehículo no fue lo que creó o lo que aumentó el riesgo a que estuvieron expuestos esos bienes. Todo lo contrario, la actitud del conductor, al desviar el vehículo a través de la berma, incidió en una disminución del riesgo que todos los bienes señalados corrieron.

En estas circunstancias, no cabe apreciar a aquí un homicidio, ni doloso ni culposo, siendo posible afirmar que la muerte de los motoristas corresponde a un hecho fortuito y, como tal, imprevisible.

e) Sobre la procedencia de apreciar un delito de robo con homicidio

Dos razones impiden afirmar que los hechos a que se refiere este informe permitan apreciar la configuración de un delito de robo con homicidio.

En primer término, como ya se explicó, el único sentido que cabe atribuir al vocablo robo que utiliza el artículo 433 N° 1 CP, es en referencia al delito de robo con violencia o intimidación en las personas y no al delito de robo con fuerza en las cosas, que es el delito que efectivamente se habría configurado en caso de comprobarse el carácter delictivo de las tres apropiaciones de vehículos investigadas en esta causa.

En segundo lugar, el artículo 433 N° 1 CP requiere que el autor del robo con violencia o intimidación en las personas haya cometido también un homicidio doloso, lo cual, como se explicó en el acápite precedente, no ha ocurrido, atendida la ausencia de una voluntad homicida, la imposibilidad de imputar objetivamente el resultado al autor y la imprevisibilidad del resultado.

Pese a que tampoco cabe atribuir culpa al conductor del vehículo, aunque la hubiera habido ello tampoco bastaría para la configuración del delito de robo con homicidio, el cual por estar tipificado entre los delitos que atentan contra la propiedad y no entre los delitos contra las personas, no incluye entre sus términos al homicidio culposo.

En suma, tratándose de un hecho fortuito, la muerte de los motoristas no logra completar las exigencias típicas del delito de robo con homicidio.

f) Sobre la situación del resto de los imputados

Descartado que en este caso se configure un delito de robo con homicidio, por razones que alcanzan incluso a la falta de tipicidad del hecho, no se da el requisito de accesoriedad media, necesario para atribuir responsabilidad a otras personas en calidad de partícipes. Si el hecho es atípico para el autor, también ha de serlo para quienes solamente hubieren participado en su ejecución.

Tampoco se cumpliría en este caso con el principio de convergencia que, al exigir una coincidencia de las voluntades hacia un objetivo común, se traduce en un requerimiento de dolo por parte del autor y del partícipe.

Por lo que respecta a la coautoría, de acuerdo con lo explicado en el punto 4 de este informe, esta forma de intervención también presupone un acuerdo de voluntades en torno a la ejecución común del hecho, lo cual también implica un requerimiento de dolo para las diversas personas que toman parte en la ejecución del hecho.

Por estas razones, no es posible atribuir responsabilidad al resto de los imputados a título de robo con homicidio, ni como coautores ni como partícipes de ese delito.

Por lo que respecta a los delitos de robo con fuerza en las cosas, su responsabilidad como coautores o como partícipes estará determinada por la prueba que haya logrado reunirse acerca de la forma en que cada cual intervino en esos delitos, según las pautas reseñadas en el punto 4 de este informe.

g) Sobre algunas agravantes de responsabilidad penal

Nos parece claro que en el caso a que se refiere este informe no cabe aplicar la agravante de prevalimiento de menores, que contempla el artículo 72 CP, porque no hay constancia de que un mayor de edad se haya prevalido

efectivamente de un menor, en el sentido de que se haya aprovechado o servido de él, en cuanto tal, para la ejecución del delito. No consta, en efecto, que la ejecución del o los delitos de robo con fuerza en las cosas se haya visto favorecida por la condición de menores que detentan algunos de los intervinientes, ni tampoco consta que se dé el efecto corruptivo que está implícito en los fundamentos de la agravante.

En relación con la agravante prevista en el artículo 449 bis CP, tampoco puede estimársela concurrente en el caso a que se refiere este informe, ya que no consta que los imputados hayan integrado una asociación más o menos permanente, destinada a la comisión de delitos contra la propiedad. Los antecedentes, a lo sumo, dan cuenta sólo de una ejecución concertada de delitos.

II. Conclusiones

Al finalizar este informe, dejamos establecidas, a modo de conclusiones, algunas afirmaciones efectuadas a lo largo del mismo, relevantes para la calificación jurídica de los hechos examinados.

1. Para que un hecho configure un robo con homicidio, debe ser susceptible de calificarse como robo con violencia o intimidación en las personas, sin que baste su encuadramiento en la figura de robo con fuerza en las cosas. El vocablo robo que utiliza el N° 1 del artículo 433 CP no puede sino estar referido al delito de robo con violencia o intimidación en las personas.
2. Para apreciar un robo con homicidio, la muerte debe ser causada dolosamente.
3. La pena prevista para el robo con homicidio sólo puede ser impuesta a quien intervenga como autor en los dos hechos que describe el artículo 433 N° 1 CP.
4. Si el agresor causa la muerte de más de una persona con motivo u ocasión del mismo robo, se configura un solo delito de robo con homicidio, sin que el número de muertes tenga incidencia en la determinación del título de castigo.

5. Los delitos culposos exigen siempre un resultado. Sin embargo, no basta con que éste ocurra, sino que además se requiere que él sea previsible.

6. En los delitos de resultado, es necesario que el resultado sea objetivamente imputable a la conducta del sujeto activo, para lo cual se requieren dos cosas: a) la creación de un riesgo típicamente relevante (lo que se analiza desde una perspectiva ex ante), y b) la realización o concreción de ese riesgo en el resultado (lo que se examina desde una perspectiva ex post).

7. Conforme al criterio del dominio del hecho, se distinguen tres formas de autoría (autoría directa, autoría mediata y coautoría) y dos formas de participación (inducción o instigación y complicidad).

8. Las formas de participación se sujetan al principio de accesoriedad, según el cual, para poder castigarlas se requiere que el autor dé inicio a la ejecución de un hecho típico y antijurídico, y al principio de convergencia, conforme al cual, inductor y cómplice (al igual que el autor mediato y el coautor) deben obrar con dolo y sus voluntades deben dirigirse a un mismo fin delictivo.

9. Para que una apropiación consumada a la que le sucede violencia o intimidación pueda ser castigada como robo con violencia o intimidación en las personas, es necesario que los medios coercitivos destinados a consolidar la apropiación o favorecer la impunidad se empleen en forma inmediata. El mejor criterio para determinar si se cumple la exigencia de inmediatez lo proporciona la legítima defensa. En todo caso, esta violencia o intimidación posterior a la apropiación sólo es aplicable para efectos del robo calificado, no del robo simple.

10. Es posible apreciar un delito continuado de robo con fuerza en las cosas, ya que los requisitos objetivos y subjetivos que la doctrina exige para su concurrencia pueden presentarse cuando se trata de dicha figura delictiva.

11. Puede haber tentativa de un robo con fuerza en las cosas, lo que tiene lugar cuando se empieza a anular los medios de protección de la especie que se pretende sustraer.

12. No puede existir un delito frustrado de robo con fuerza en las cosas, porque este delito es de mera actividad. La única etapa ejecutiva anterior a la consumación que aquel delito admite es la tentativa.

13. La consumación del robo con fuerza en las cosas se produce cuando después de haber superado los resguardos o defensas de la cosa, se rompe definitivamente la custodia anterior sobre ella y se constituye una nueva.

14. Para aplicar la agravante del artículo 72 CP, es necesario que un mayor de edad se haya aprovechado o servido de un menor para la ejecución de un delito, específicamente, para facilitar su comisión y no para otros fines, como, por ejemplo, favorecer la impunidad.

15. Para aplicar la agravante del artículo 449 bis CP, se requiere que exista una asociación más o menos permanente en el tiempo, destinada a la comisión de los delitos contra la propiedad que dicha disposición señala, que carece de la jerarquización y organización propias de una asociación ilícita.

16. En los hechos materia de este informe, la producción de la muerte de dos personas no puede ser considerada como una violencia inmediatamente posterior a una apropiación, por lo que no satisface las exigencias típicas del robo con homicidio.

17. Los robos con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público recaídos sobre los vehículos A (en La Serena) y C (en Ovalle, frente a las obras de construcción de un hospital) alcanzaron la consumación. En cambio, el robo con fuerza en las cosas en bien nacional de uso público ejecutado sobre el vehículo B (también en Ovalle) alcanzó la tentativa.

18. En relación con los hechos indicados en el número anterior, resulta procedente apreciar un único delito continuado de robo con fuerza en las cosas en bien nacional de uso público, correspondiendo que a los imputados se les imponga la pena del delito más grave, que en este caso sería la de cualquiera de las dos apropiaciones que alcanzaron la consumación.

19. La producción de la muerte de dos personas en los hechos examinados en este informe no puede ser calificada jurídicamente como un homicidio,

ya que, por una parte, dicho resultado no fue objetivamente imputable al conductor del vehículo A (ni al resto de sus ocupantes), y por otra, no hubo en su actuar dolo ni culpa. Se trata de un lamentable hecho fortuito y, como tal, imprevisible.

20. Atendida la razón que se acaba de explicar (y la señalada en la conclusión N° 16), no resulta procedente apreciar un delito de robo con homicidio.

21. Debido a la improcedencia de estimar concurrente un robo con homicidio en el actuar del conductor del vehículo A, por aplicación de los principios de accesoriedad y convergencia, no resulta posible atribuir responsabilidad por dicho delito a otras personas en calidad de partícipes. Y tampoco se puede atribuir a otras personas responsabilidad como coautores de dicho delito, dada la exigencia de un acuerdo de voluntades en torno a la ejecución común del hecho que esta forma de intervención delictiva requiere.

22. En los hechos examinados no cabe aplicar la agravante del artículo 72 CP, porque no consta que la ejecución de los delitos de robo con fuerza en las cosas se haya visto favorecida por la condición de menores de edad de algunos de los intervinientes. Tampoco cabe apreciar la agravante del artículo 449 bis CP, ya que no hay constancia de que los imputados hayan integrado una asociación más o menos permanente, destinada a la comisión de delitos contra la propiedad.

III. Bibliografía

AGUILAR ARANELA, C., *Delitos patrimoniales*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2008.

ARIAS EIBE, M., *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2007.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., “El robo como coacción”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 1, 2002.

BULLEMORE, V. – MACKINNON, J., *Curso de Derecho Penal. Parte especial, III*, Lexis Nexis, Santiago, 2005.

CERDA SAN MARTÍN, R., *Segunda ley de agenda corta antidelincuencia N° 20.931. Comentarios desde la práctica jurisdiccional*, Librotecnia, Santiago, 2016.

CEREZO MIR, J., *Derecho Penal. Parte General, B de F*, Montevideo – Buenos Aires, 2008.

CURY URZÚA, E., *Derecho Penal. Parte general*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005 y 2011).

-----“Contribución a la distinción entre delitos de resultado y de simple actividad”, en *Revista de Ciencias Penales*, quinta época, tomo XL, vol. 1, 1993.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DONNA, E., *Delitos contra la propiedad*, 2ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.

ETCHEBERRY, A., *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, M. D., *El robo con fractura exterior*, PPU, Barcelona, 1997.

FIANDACA, G. / MUSCO, E., *Diritto penale. Parte speciale, volumen II, tomo II, I delitti contro il patrimonio*, 5ª ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2007.

FONTÁN BALESTRA, C., *Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

GARRIDO MONTT, M., *Derecho Penal*, 4ª ed., tomos II y IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

GIMBERNAT, E., "El comportamiento típico en el robo con homicidio", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XVII, sept.-dic., 1964.

GUZMÁN DALBORA, J. L., "Sobre el exceso del coautor en el robo con homicidio", en *Estudios y defensas penales*, 2ª ed., Lexis Nexis, Santiago, 2007 y 2009.

HERNÁNDEZ BASUALTO, H., "Comentario al artículo 2º", en *Couso – Hernández (Dirs.)*, Código Penal comentado. Parte general, Abeledo Perrot, Santiago, 2011.

KÜNSEMÜLLER, C., "Delimitación entre los tipos penales de robo con violencia en las personas y robo por sorpresa", en *Gaceta Jurídica*, N° 195, septiembre 1995.

LABATUT, G., *Derecho Penal, II*, 7ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

MAÑALICH RAFFO, J. P., "El 'hurto-robo' frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 7, 2006.

MATUS ACUÑA, J. P., "Artículos 74 a 78", en *Politoff Lifschitz / Ortiz Quiroga (Dirs.)*, Matus Acuña (Coord.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

MATUS, J. P. / RAMÍREZ, M.C., *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial, II*, 3ª ed., Thomson Reuters – Legal Publishing, Santiago, 2015.

MERA FIGUEROA, J., "Comentario al artículo 72", en *Couso – Hernández (Dirs.)*, Código Penal comentado. Parte general, Abeledo Perrot, Santiago, 2011.
-----Hurto y robo, Lexis Nexis, Santiago, 1995.

-----"Comentarios a sentencias de las Cortes de Apelaciones de Santiago y San Miguel sobre robo con violencia o intimidación", en *Revista de Ciencias Penales*, 5ª época, tomo XLII, N° 3, 1993.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte general*, 7ª ed., B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2004.

NOVOA MONREAL, E., *Curso de derecho penal chileno. Parte general*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015.

OLIVER CALDERÓN, G., *Delitos contra la propiedad*, Thomson Reuters – Legal Publishing, Santiago, 2013.

-----“Aspectos penales y procesales de la agravante de pluralidad de malhechores en los delitos de hurto y robo”, en *Revista de Derecho, PUCV*, vol. XXXIX, 2012, pp. 235-249.

POLITOFF, S. / MATUS, J. P. / RAMÍREZ, M. C.: *Lecciones de Derecho Penal chileno*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho Penal. Parte especial*, Bosch, Barcelona, 1992.

RIVACOBA, M. de, “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito”, en *Doctrina Penal*, Año 11, N° 43, 1988.

RODRÍGUEZ COLLAO, L., “Robo con homicidio”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, vol. 11, 2009, pp. 131-152.

-----“Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal”, en *Revista de Derecho, PUCV*, vol. XXXVI, 2011, pp. 397-428.

RODRÍGUEZ COLLAO, L. / OLIVER CALDERÓN, G., “Aplicabilidad de la figura del delito continuado en los delitos sexuales”, en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, año 16, N° 1, 2009.

RODRIGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ MORENO, J., *El robo con fuerza en las cosas*, Bosch, Barcelona, 2000.

SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P., “Actos de violencia sobrevenidos durante el apoderamiento: ¿hurto o robo violento? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala II) de 23 de marzo de 1998 (ponente Sr. Martín Pallín)”, en *Actualidad Penal* 1999-2.

SANCHEZ RODRIGUEZ, S., *Para entender la agenda corta antidelinuencia. Ley 20.931*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2016.

VANNINI, O., *Manuale di Diritto Penale Italiano. Parte Speciale. I singoli delitti e le singole contravvenzioni*, Giuffrè, Milán, 1949.

VERA SÁNCHEZ, J. S., "La frustración en los delitos de mera actividad", en *Revista de Estudios Ius Novum*, N° 1, 2008.

VILLENA, C., "Robo con violencia o intimidación en las personas", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, año LXIX, N° 209, enero-junio 2001.

YÁÑEZ ARRIAGADA, R., "Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el íter criminis en los delitos de robo y hurto", en *Política Criminal*, N° 7, 2009.

IV. Relación entre los delitos de secuestro y detención ilegal en el sistema del Código Penal

Prof. Alex Van Weezel

I. Objeto, antecedentes de hecho y estructura del informe

1. Objeto del informe

La Defensoría Penal Pública (en adelante, la “DPP”) me ha solicitado analizar los hechos que serán descritos en la sección siguiente para determinar:

(i) Si tales hechos son subsumibles bajo el tipo penal de secuestro calificado del artículo 141 del Código Penal.

(ii) Si tales hechos son subsumibles bajo el tipo penal de detenciones ilegales del artículo 148 del Código Penal.

(iii) Si es posible atribuir a las personas que participaron en tales hechos algún delito de lesión contra la vida o integridad física de las personas.

(iv) Si, en la especie, puede concurrir la circunstancia eximente de obediencia de órdenes antijurídicas contenida en el Código de Justicia Militar.

2. Antecedentes de hecho relevantes y su calificación jurídica provisional

Para elaborar este informe tuve acceso directo al audio de la audiencia de formalización de octubre de 2015 del Juzgado de Garantía de Iquique. Además, la DPP me transcribió el contenido de la audiencia de re-formalización de la investigación de abril de 2017.

Este informe asume las siguientes proposiciones fácticas que nos fueron comunicadas por la DPP, las que encontrarían apoyo en diversos antecedentes de la investigación:

(i) El día 13 de septiembre de 2015, la señora J. S. G. se comunicó telefónicamente con Carabineros de Chile para denunciar que el hijo de su pareja, el señor J. A. V. E., se encontraba realizando daños y desórdenes en el interior del domicilio ubicado en la comuna de Alto Hospicio.

(ii) Ante el llamado realizado por la señora J. S. G., la Central de Comunicaciones de Carabineros (CENCO) se comunicó a las 08:00 horas aproximadamente de ese mismo día, con una patrulla de Carabineros de la 3ª Comisaría de Alto Hospicio compuesta por cuatro funcionarios policiales.

CENCO envió a dicha patrulla hasta el domicilio antes señalado para verificar la efectividad de los daños y desórdenes.

(iii) Los cuatro funcionarios llegaron al referido domicilio y se entrevistaron con la denunciante, quien, luego de corroborar la información entregada a CENCO, manifestó que no tenía intención de realizar una denuncia por escrito. Con todo, la señora S. G. pidió a los funcionarios policiales que se llevaran del domicilio al señor J. A. V. E., para que este no continuara causando daños y desórdenes en la casa.

(iv) Frente a dicha solicitud, y habiendo constatado la efectividad de los hechos informados por CENCO, los funcionarios detuvieron al señor J. A. V. E., subiéndolo esposado al carro policial, y se retiraron del lugar.

(v) Durante el trayecto y antes de llegar a las dependencias de la 3ª Comisaría de Alto Hospicio, el cabo primero C. V., quien estaba a cargo de dirigir

el procedimiento policial, indicó a los otros funcionarios de la patrulla que harían lo que se denomina un “dos corto” (o “machetazo”). Esto es, que no llevarían al detenido a la Comisaría o a un Centro Asistencial como indica el protocolo policial en estos casos, sino que lo liberarían en un sitio eriazo para que regresara caminando a su domicilio y así se tranquilizara.

(vi) Ante esta instrucción, al menos dos de los funcionarios policiales que conformaban la patrulla le representaron al señor C. V. no estar de acuerdo con su orden. Frente a esto, el superior jerárquico insistió en la misma orden, por lo que aquella fue finalmente ejecutada en la forma en que se impartió.

(vii) Así, los cuatro funcionarios policiales trasladaron al señor J. A. V. E. a las afueras de Alto Hospicio, específicamente a un sector colindante con el Centro Penitenciario de la misma comuna y al menos con un camino. En este lugar le sacaron las esposas, lo bajaron del carro policial y luego se retiraron.

(viii) Con el objeto de evitar los problemas administrativos que este incumplimiento del protocolo policial podría implicar, los funcionarios no dejaron un registro formal de haber practicado la detención del señor J. A. V. E. Asimismo, alteraron la información de las hojas de ruta y la información proporcionada a CENCO, afirmando que, al momento de concurrir al domicilio de la comuna de Alto Hospicio, la persona que habría estado realizando daños y desórdenes no se encontraba en el lugar.

(ix) Desde la liberación del señor J. A. V. E., ocurrida el día 13 de septiembre de 2015 en un sector colindante al Centro Penitenciario de Alto Hospicio, hasta la fecha de cierre de este informe, se desconoce su paradero.

(x) Finalmente, el día de los hechos J. A. V. E. habría estado experimentando una crisis asociada a una enfermedad mental no tratada. Esta condición médica, sin embargo, no fue comunicada a los funcionarios policiales. Ellos interpretaron en ese momento el comportamiento del señor V. E. como un signo externo del consumo de pasta base o de alguna otra sustancia similar.

Los hechos relatados previamente fueron calificados por el Ministerio Público como constitutivos del delito de secuestro calificado, previsto y sancionado

en el artículo 141 inciso cuarto del Código Penal, atribuyéndose participación en calidad de autores a los funcionarios policiales involucrados.

3. Estructura del informe

La estructura del presente informe es sencilla. La sección II está dedicada a responder la pregunta sobre la subsunción de los hechos bajo las figuras alternativas de secuestro o detención ilegal. En ella se tratará expresamente el problema de una eventual aplicabilidad del tipo penal del secuestro a las privaciones de libertad cometidas por funcionarios públicos.

La sección III se pregunta si es posible atribuir a los imputados alguna responsabilidad en los sucesos que tienen lugar después de la liberación de don J. A. V. E.. Concretamente, se explora la imputación alternativa de un delito o un cuasidelito de lesiones o de homicidio.

La sección IV responde a un ejercicio que asume hipotéticamente la tipicidad de la conducta de los funcionarios policiales consistente en liberar al detenido en las circunstancias descritas en el apartado anterior. Esta tipicidad hipotética de la conducta se establece en relación con los artículos 490 y 492 del Código Penal.

Por último, la sección V contiene las conclusiones del informe.

II. Los delitos de secuestro y detención ilegal

En esta sección se analizan los hechos narrados en el segundo apartado de la sección introductoria en relación con las figuras de secuestro y detención ilegal. Por desgracia, la interacción y relaciones entre ambas figuras penales ha sido objeto de escaso desarrollo en doctrina y la jurisprudencia. Se ha recurrido por ello a los primeros comentaristas del Código Penal y, donde ha sido posible, a las contribuciones de la doctrina española, cuya legislación presenta notables diferencias respecto de la chilena. Estas diferencias son, sin embargo, ilustrativas, pues los

redactores del Código Penal chileno tuvieron a la vista la ley que, en su tiempo, estaba vigente en España.

1. El secuestro previsto y sancionado en el artículo 141 del Código Penal

El Título III del Libro Segundo del Código Penal contiene los “Delitos que afectan a los derechos garantizados por la Constitución”. El párrafo número 3 de este Título, que contempla el delito de secuestro, lleva el siguiente epígrafe: “Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares”.

La figura base del delito de secuestro se encuentra en el artículo 141 del Código Penal, el cual sanciona al particular que “sin derecho” encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo. En su inciso cuarto, el referido artículo dispone que:

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

Como puede apreciarse, el precepto referido consagra dos circunstancias especiales cuya concurrencia agrava la pena asignada al delito de secuestro: (i) que la privación de libertad de la víctima exceda de quince días en cuanto a su duración; y (ii) que de la privación de libertad resulte un daño grave en la persona o intereses del secuestrado.

1.1. Qué protege el delito de secuestro

Existe amplio acuerdo en cuanto a que los intereses sociales protegidos por el delito de secuestro son la seguridad individual y la libertad ambulatoria. Otra cosa es la difícil clarificación de su contenido, especialmente en el caso de la seguridad individual. En todo caso, se entiende que la libertad ambulatoria dice relación con la facultad para desplazarse sin

restricciones por el territorio nacional. Es usual también que se establezca un nexo entre esta figura y el artículo 19 N° 7 de la Constitución, en el cual se reconoce el derecho de toda persona a salir, entrar o permanecer en cualquier lugar del territorio de la República, y a trasladarse voluntariamente dentro de sus límites.

El problema del carácter actual o potencial de la afectación –es decir, si también hay secuestro cuando la víctima no se percató de que está encerrada– no ha sido objeto de discusión, hasta donde alcanzamos a ver, en la literatura nacional o en la literatura española de referencia. Tampoco es relevante para el presente informe.

1.2. Exigencias elementales de tipicidad

a) Sujeto del delito

El secuestro es un delito común, es decir, el tipo penal no contiene restricciones respecto del círculo de potenciales autores. Se sanciona, en efecto, a todo “el que” sin derecho priva a otro de su libertad. Esta redacción refleja el tenor y contexto de las discusiones en el seno de la Comisión Redactora. En efecto, en el acta de su Sesión 31° se deja constancia de cómo la comisión primero aprueba la propuesta del señor Rengifo en orden a crear un párrafo especial para los delitos que pueden cometer los jueces –dejando el párrafo 4° solo para los delitos que cometen los demás funcionarios– y luego se avoca a la discusión del actual artículo 141, “que pena el delito cometido por un particular, de privar a otro de su libertad”¹. Así, el sentido del texto tenía por objeto sustraer de la aplicación del tipo los casos de actuación de funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, se encuentran en principio facultados para realizar privaciones de libertad.

1 Rivacoba, M. (dir.), Código Penal y Actas de la Comisión Redactora, con un Estudio Preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1974, p. 309.

Así lo ha entendido también la doctrina ampliamente mayoritaria², conforme a la cual si quien priva ilegítimamente de libertad a otro es un funcionario público actuando en el ejercicio de sus funciones, su conducta no configura el delito de secuestro, sino el de detención ilegítima o ilegal, previsto y sancionado en el artículo 148 del Código Penal.

En el mismo sentido, Etcheberry indica que el “sujeto activo” del delito de secuestro es un particular. Si quien realiza la conducta es un funcionario público que obra en su carácter de tal, el delito se convierte en el de detención ilegal³. En cambio, si el funcionario público actúa como particular, esto es, en un ámbito ajeno al cumplimiento de sus funciones, entonces comete el delito de secuestro.

b) Elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de secuestro

El delito contempla dos modalidades de comisión. Los verbos rectores empleados por el legislador son “encerrar” y “detener”. Ambas conductas han de traducirse en impedir a la víctima ejercer la facultad de trasladarse de un lugar a otro. El encierro, por una parte, consiste en colocar o mantener a una persona en un recinto cerrado, o al menos limitado, del cual no puede salir a voluntad, o no puede hacerlo sin grave riesgo para su persona⁴. La detención, por otra parte, comprende toda aprehensión acompañada de una privación de libertad que no consista en “encerrar”⁵. Ambas formas típicas dan lugar a un delito permanente, cuya ejecución cesa cuando se pone fin al encierro o a la detención y la persona recupera su facultad para desplazarse arbitrariamente.

Como suelen destacar los comentaristas, para que se realice el tipo objetivo deben concurrir además dos condiciones negativas. Primero, que el autor no tenga facultades para privar de libertad a la víctima. El artículo 141 inicia la definición de la clase de hechos que tipifica exigiendo que la detención

2 Garrido Montt, M., *Derecho Penal. Parte especial*, III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 4ª Ed., 2010, pp. 388 y ss.; Politoff, S. / Matus, J.P. / Ramírez, M.C., *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª Ed., 2009, pp. 201 y ss.; Etcheberry, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª Ed., 2005, pp. 202 y ss.

3 Etcheberry, ob. cit., PE, III, p. 202.

4 SCS Rol N° 8278-2013, c. 16°.

5 SCS Rol N° 8278-2013, c. 16°.

o encierro se haga “sin derecho”; quienes gozan de facultades legales para privar de libertad a otros realizan una conducta atípica cuando encierran o detienen a una persona ejerciendo tales facultades. En segundo lugar, es necesario que se actúe sin el consentimiento de la víctima.

La doctrina afirma también que la dimensión subjetiva del delito puede configurarse tanto con dolo directo como con dolo eventual.

2. La detención ilegal prevista en el artículo 148 del Código Penal

El artículo 148 del Código Penal dispone⁶:

Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona, sufrirá la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios.

Si el arresto o detención excediere de treinta días, las penas serán reclusión menor y suspensión en sus grados máximos.

Si la privación ilegítima de libertad es realizada por un funcionario público actuando como tal, entra en consideración el delito de detención ilegal previsto y sancionado en el artículo 148 del Código Penal, y no el delito de secuestro⁷. Así lo explicaba uno de los primeros comentaristas del Código Penal:

En el título anterior vimos las penas que se imponían a los particulares por delitos contra la libertad y seguridad. En el presente vamos a tratar de esos delitos, pero cometidos por empleados públicos y por lo tanto, nos vamos a colocar en todos los casos en que dichos empleados puedan abusar de su puesto o de las atribuciones que tienen por la ley⁸.

6 Como bien observaba Fuensalida, Alejandro, Concordancias y comentarios del Código Penal chileno, II, Imp. Comercial Calle del Huallaga, Lima, 1883, p. 76, esta disposición está tomada casi a la letra del art. 147 del Código Penal belga de 1867, cuya influencia sobre los comisionados chilenos es conocida.

7 En este sentido Garrido Montt, ob. cit., III, p. 388; Politoff / Matus / Ramírez, ob. cit., PE, p. 201; Etcheberry, ob. cit., III, p. 202. Véase también Fernández, Pedro, Código Penal de la República de Chile Explicado i Concordado, I, Imprenta Litografía i Encuadernación Barcelona, Santiago, 2ª ed., 1899, p. 281.

8 Vera, Robustiano, Código Penal de la República de Chile, Imprenta de P. Cadot y Cia., Santiago, 1883, p. 331.

A diferencia del secuestro, la detención ilegal sanciona privaciones de libertad ilegítimas cometidas por funcionarios públicos que, si bien actúan dentro de la esfera de su competencia, lo hacen fuera de los casos previstos o sin observar la forma establecida en la ley. Por eso se afirma que este delito afecta esencialmente las garantías procesales de la libertad individual, ya que nadie puede ser privado de su libertad sino en la forma y casos establecidos por ley⁹. Se trata de que toda afectación de la libertad ambulatoria, aunque se encuentre autorizada prima facie, se realice respetando las garantías constitucionales y legales.

A esta figura se aplica plenamente la definición de empleado público contenida en el artículo 260 del Código Penal. Conforme a este precepto, para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado público a 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 de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado.

2.1. Arbitrariedad e ilegalidad

El delito de detención ilegal contempla diversas modalidades de comisión, entre las que se encuentra la “detención”, consistente en privar a una persona de su libertad personal por disposición de una autoridad.

Conforme a la jurisprudencia, la detención ilegal es un delito de ejecución instantánea, que se consuma en el momento mismo en que tiene lugar el traslado, la detención o el encierro ilegítimo y arbitrario, ya que en ese instante se priva a la víctima de la facultad de trasladarse de un lugar a otro según su voluntad. En este sentido, se ha fallado que la ilegalidad y arbitrariedad típicas deben concurrir en el momento en el cual se practica la detención¹⁰. La razón es muy simple: las circunstancias que determinan la ilegalidad o la arbitrariedad sobreviniente no pueden modificar en forma retroactiva la detención practicada, sino que solo pueden dar lugar a un hecho nuevo. El régimen penal de este nuevo hecho dependerá de su naturaleza. Así,

9 SCS Rol Nº 1571-2015, c. 6°. En tal sentido, igualmente, Vera, Robustiano, ob. cit., p. 331.

10 SCS Rol Nº 1571-2015, c. 7°.

por ejemplo, si el funcionario decide que no presentará al detenido ante la autoridad, como le exige la ley, esta circunstancia –por sí sola– únicamente adquirirá relevancia penal una vez transcurrido el plazo legal de la detención: la sola “inversión del ánimo” no transforma en detención ilegal una que ha sido practicada en conformidad a la ley.

En todo caso, la construcción del tipo penal no deja lugar a dudas en cuanto a que cualquiera otra consecuencia distinta de la privación de libertad que pudiera derivarse del delito –por ejemplo, una afectación de los intereses o de la persona del detenido–, sería punible separadamente, aplicando las reglas concursales.

Adicionalmente, el tipo exige que la conducta del empleado público sea ilegal y, al mismo tiempo, arbitraria. Los tribunales superiores de justicia han insistido en que la arbitrariedad constituye un elemento típico adicional y diverso de la ilegalidad, de modo que conforme al artículo 148 inciso 1º del Código Penal la detención, además de ilegal, ha de ser arbitraria¹¹. En consecuencia, no basta que la acción se desarrolle al margen de la ley, sino que se requiere, además, que la detención no obedezca a criterios de racionalidad, es decir, que sea motivada por la sola voluntad o capricho del funcionario público, quien debe actuar, por tanto, arbitrariamente.

En el mismo sentido, Garrido Montt sostiene que el artículo 148 del código punitivo requiere que la detención se efectúe ilegal y arbitrariamente. Añade que la voz “ilegal” alude a una contradicción con las prescripciones de la ley, sea que el destierro, arresto o detención se apliquen respecto de actos que no sean constitutivos de delito, sea porque se imponen por funcionarios que carecen de facultades para ello. “Arbitrario”, en cambio, es el proceder antojadizo del funcionario, que no se ajusta a la razón¹². Por lo tanto, incluso aunque una detención sea declarada “ilegal” en el sentido del Código Procesal Penal –por ejemplo, porque los hechos que le dan lugar no son constitutivos de delito–, tal detención no realiza por sí misma el tipo penal de la detención ilegal, en el sentido del artículo 148 del Código Penal. Cuando menos es necesario que a la ilegalidad se sume la “arbitrariedad”, en el sentido previamente descrito.

11 SCA La Serena, Rol Nº 275-2014; SCS Rol Nº 1571-2015; SCA La Serena, Rol Nº 246-2008.

12 Garrido Montt, ob. cit., III, p. 405. Esta opinión es, en general, compartida en la doctrina. Etcheberry, ob. cit., III, p. 218, sin embargo, interpreta la expresión “arbitrariamente” como exigencia de dolo; esta interpretación carece, a mi juicio, de todo sustento.

2.2. Dolo y fundamento del privilegio respecto del delito de secuestro

Conforme a las reglas generales (artículos 1º y 2º del Código Penal), el delito exige dolo, es decir, al menos la atribución al funcionario del conocimiento de que con su conducta está privando a la víctima de su libertad ambulatoria, en forma arbitraria y fuera de los casos permitidos por la ley. La aplicación del tipo penal en estudio no puede reducirse, como ha sostenido algún autor, a los casos en que el funcionario que ha actuado “de buena fe”. Como destaca Garrido Montt¹³, tal circunstancia tendría precisamente el efecto de excluir la imputación subjetiva, que exige conocimiento de la ilegalidad y arbitrariedad de la detención¹⁴.

Lo que parece preocupar a quienes establecen una exigencia de “buena fe” por parte del funcionario es la pregunta por el fundamento del carácter privilegiado de la figura aplicable a los funcionarios públicos, por contraste con el tratamiento más severo que recibe el delito de secuestro cometido por un particular.

Al respecto, y a falta de desarrollos más recientes –sin perjuicio de lo que se tratará en el número 3 de esta sección–, resulta ilustrativo consignar lo que de esta situación en apariencia paradójica decía Alejandro Fuensalida, a muy pocos años de la dictación del Código Penal. Aunque la cita es algo larga, vale la pena transcribirla completa para aproximarse con la mayor fidelidad posible a la mente de los redactores:

Si por regla general las violaciones cometidas por los empleados públicos de los derechos garantidos por la Constitución merecen mayores penas que las ejecutadas por los simples particulares, esta regla tiene una justísima excepción en el art. 148 porque es mucho más peligroso y de peores consecuencias generalmente el objeto de la intención con que los particulares arrestan o detienen a las personas, y también son más peligrosos y ofensivos los medios de que deben valerse. Los empleados públicos no tienen en mira cometer otro delito; y disponiendo de la fuerza pública y de lugares para detener a los arrestados, no hay tanto peligro en el delito ni es tan difícil obtener la libertad y el castigo

13 Garrido Montt, ob. cit., III, p. 405.

14 En el sentido criticado, no obstante, Politoff / Matus / Ramírez, ob. cit., PE, p. 209-210, para quienes, si, por un error evitable, el funcionario estaba persuadido de la licitud de la detención, tendría aplicación la figura del artículo 148.

de los delincuentes; mientras que los particulares tienen otro fin ilícito que se trata de conseguir con el arresto o detención de una persona, y para ello, como no tienen facultad de arrestar ni disponen de la fuerza pública, deben valerse de la privada más peligrosa que aquella y usar de toda clase de medios para imponer sus voluntades: los daños, el peligro y la alarma sociales son, en una palabra, mayores cuando se trata de particulares que de empleados públicos, y esta circunstancia más grave que el abuso de las funciones públicas que envuelve el delito que tratamos cuando es cometido por aquellos, justifica las mayores penas del art. 141¹⁵.

En síntesis: los funcionarios, a diferencia de los particulares, no utilizan por lo general la detención como medio para cometer otro ilícito; la ejecución de la detención por parte de funcionarios es menos peligrosa para la víctima, pues el funcionario dispone de medios apropiados para aplicar la fuerza, cuyo no es el caso del particular; es más sencillo obtener la liberación del detenido cuando está en manos de funcionarios que cuando está en manos de particulares; es más fácil perseguir a los culpables debido a la publicidad con que actúa el funcionario en ejercicio de sus funciones. Por todo lo anterior, el peligro y la alarma sociales son mayores cuando la detención es cometida por particulares que cuando es ejecutada por funcionarios actuando en calidad de tales.

Desde luego, no es necesario compartir estas razones para reconocer el peso que ellas tuvieron en la configuración que dio el legislador a las relaciones entre el artículo 148 y el artículo 141 del Código Penal.

2.3. No es posible subsumir los hechos del caso bajo el tipo penal de la detención ilegal

Para realizar un ejercicio de subsunción de los hechos descritos en la sección I bajo el tipo penal del artículo 148 del Código Penal hay que analizar, en primer lugar, si la acción efectuada por los funcionarios policiales se ejecutó al margen de la ley.

15 Fuensalida, ob. cit., p. 77 y s. (igual que en las demás citas, aquí solo se ha actualizado la ortografía del texto original).

Según los antecedentes que se han tenido a la vista, la detención de J. A. V. E. se realizó a raíz del llamado realizado por J. S. G. debido a que el primero se encontraba provocando daños (y desórdenes) en el interior del domicilio de la comuna de Alto Hospicio.

Cuando concurren al lugar e ingresaron al domicilio a solicitud de la denunciante, los funcionarios comprobaron que los hechos denunciados eran efectivos y que el denunciado, J. A. V. E., se encontraba en el lugar.

Por otro lado, conforme al artículo 83 del Código Procesal Penal corresponde a los funcionarios de Carabineros de Chile recibir, sin necesidad de instrucciones particulares previas de los fiscales, las denuncias del público y practicar la detención en los casos de flagrancia. A su vez, el artículo 129 inciso segundo del Código Procesal Penal establece que “los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito”.

De lo señalado aparece de manifiesto que la detención del señor J. V. E. se practicó en el marco de una situación de flagrancia por delito de daños, con la finalidad de poner al detenido a disposición de la autoridad. La detención practicada por los funcionarios policiales se efectuó, por lo tanto, en cumplimiento de sus funciones y en conexión con el legítimo sistema de privación de libertad establecido en el ordenamiento jurídico. Solo con posterioridad a la detención, durante el trayecto hacia la unidad policial, el superior a cargo del procedimiento comunicó a los demás carabineros su decisión de poner término a la detención y ordenó liberar al detenido. Por lo tanto, la detención no puede ser considerada ilegal; es la liberación del detenido, del modo ordenado por el superior jerárquico, la que contraviene los deberes funcionarios.

Los antecedentes que se han tenido a la vista dan cuenta de que la detención tampoco fue arbitraria. Los funcionarios policiales no privaron de libertad al señor V. E. de un modo antojadizo, ni menos –siguiendo la discutible interpretación de Etcheberry– con la conciencia de estar excediendo sus atribuciones. Por el contrario, los carabineros acudieron al domicilio de J. S. en virtud de una llamada de denuncia que ella misma realizó a CENCO y practicaron la detención en circunstancias que ellos, con buenas razones, calificaron como una hipótesis de flagrancia.

3. Aplicación del tipo penal de secuestro a detenciones practicadas por funcionarios públicos en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre derechos humanos

El “sujeto activo” del delito de secuestro es un particular o un funcionario que actúa como un particular, es decir, en un contexto diverso del ejercicio de sus funciones. Sin embargo, en algunas hipótesis precisas la Corte Suprema ha hecho extensiva la figura del secuestro a agentes del Estado que han actuado en su calidad de tales, descartando la aplicación de la figura de detención ilegal. Se trata específicamente de casos de desaparición forzada de personas, en el denominado derecho penal de los derechos humanos.

Así, y en un fallo paradigmático al respecto, en sentencia de 17 de noviembre de 2004 la Corte Suprema condenó a miembros de las Fuerzas Armadas como intervinientes (autores y cómplices) de un delito de secuestro calificado en la persona de M. S. R., descartando la aplicación del tipo de la detención ilegal cometida por funcionario público¹⁶.

El fallo se funda sustancialmente en la tesis de Bascuñán Rodríguez¹⁷, quien propone una reconstrucción racional de la legislación con el fin de evitar “el absurdo de tratar en el nivel del Código Penal los casos más graves de violaciones a los derechos humanos como si fueran casos menos graves de privación de libertad”¹⁸.

Conforme a esta propuesta de reconstrucción, la “figura base” de la privación de libertad sería el delito de secuestro del artículo 141 del Código Penal, el cual podría ser cometido por un funcionario público o por un particular. El artículo 148 del código punitivo contiene, en cambio, una figura privilegiada, cuyo fundamento se encontraría en la conexión que puede establecerse entre la actuación del funcionario y el sistema

16 SCS rol N° 517-2004.

17 Bascuñán Rodríguez, Antonio, “Delitos contra intereses personalísimos”, en Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, N° 2 (2005), p. 544.

18 Bascuñán Rodríguez, ob. cit., p. 542.

institucional de privación de libertad. Si en el hecho no se verifica o “no es reconocible” tal conexión, no habría razón para aplicar un tratamiento privilegiado al funcionario, quien debería responder conforme al delito común y base de privación de libertad, es decir, el secuestro del artículo 141 del Código Penal¹⁹.

En concordancia con este planteamiento, la Corte Suprema resolvió en el fallo citado lo siguiente:

Es útil destacar que nuestro legislador presupone en el denominado delito de detenciones ilegales, que [al practicar la detención] el funcionario actúa con un móvil concordante con la función pública que debe desarrollar y de un modo, aunque ilícito, no del todo contradictorio con el ordenamiento jurídico (c. 19°).

En línea con lo anterior, el Supremo Tribunal concluye que los casos en que no concurren los requisitos que hacen procedente el privilegio deben ser tratados conforme a la que, en el Código Penal, constituiría la “figura genérica” de privación de libertad, a saber, el secuestro. Por consiguiente: cuando sea posible reconocer en el acto del funcionario una suficiente conexión con el legítimo sistema de vulneración de la libertad de las personas, el derecho penal le otorgará un trato más benigno en el tipo especial privilegiado del artículo 148; de lo contrario, el funcionario realizará el tipo común de privación de libertad contemplado en el artículo 141, ya sea su hipótesis básica, o bien, en cualquiera de las figuras calificadas.

En el caso que es objeto de análisis en este informe no se verifican los presupuestos que sirvieron de fundamento al citado fallo de la Corte Suprema. La detención practicada por los funcionarios policiales obedeció a una hipótesis de flagrancia respecto del delito de daños que

19 Puede resultar algo desconcertante que el planteamiento en comentario pase por alto que los funcionarios públicos se encuentran excluidos de los respectivos ámbitos típicos definidos por los artículos 141 a 147 del Código Penal ya en razón de que el epígrafe respectivo los define como “Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad cometidos por particulares”; sin embargo, la Excma. Corte Suprema sortea esta dificultad afirmando que el uso del término “particular” sólo tendría la finalidad de señalar que el delito de comisión por el ciudadano común es un delito residual o genérico frente al delito de comisión por funcionarios públicos, sin implicar, sin embargo, el establecimiento de un círculo de autores restringido.

se encontraba cometiendo J. A. V. E. en el domicilio de la denunciante, J. S. G.. Es decir, se trata de una detención practicada en los términos previstos en el Código Procesal Penal y, por lo tanto, respecto de ella no solo se puede afirmar una “conexión” entre la actuación del funcionario y el sistema institucional de privación de libertad, sino una hipótesis de cumplimiento de sus deberes funcionarios por parte de los carabineros que la realizaron²⁰. El artículo 129 inciso segundo del Código Procesal Penal es categórico al respecto: “Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito”.

En el caso sub lite tampoco se verifican los presupuestos fácticos ni los criterios valorativos que tuvo en cuenta la Corte Suprema para subsumir los hechos bajo el tipo penal del secuestro calificado. En cuanto a los presupuestos fácticos, la Corte Suprema ha hecho extensiva la figura del secuestro calificado a funcionarios públicos que han actuado como tales únicamente en casos de lo que se ha denominado “desaparición forzada de personas”. Se trata de supuestos en los que consta más allá de toda duda razonable que (i) las víctimas han sido ilegítimamente privadas de libertad, (ii) no ha existido causa legal alguna para la detención y (iii) los detenidos han sido conducidos a centros clandestinos de detención pertenecientes al Estado, ignorándose desde entonces su paradero. Ninguno de estos presupuestos fácticos concurre en la especie.

En cuanto a los criterios valorativos, la Corte Suprema ha estimado que son parámetros para determinar si procedería aplicar el artículo 141 o el artículo 148, los siguientes: (i) si se ha detenido a la persona en razón de la persecución de un delito; (ii) si se ha dejado alguna constancia de la detención; (iii) si se ha puesto al detenido a disposición de los tribunales de justicia. Cuando la respuesta a todas estas interrogantes es negativa, entraría en consideración la aplicación del artículo 141 del Código Penal, por no resultar reconocible en el obrar de los funcionarios una conexión con

20 Incluso si en una perspectiva ex post pudiera sostenerse que los hechos que sirvieron de base a la detención eran atípicos, la conexión de la detención con el sistema institucional de la privación de libertad se mantiene inalterada cuando, en una perspectiva ex ante, resultaba posible asumir la concurrencia de los presupuestos legales de una detención. Sobre el deber de funcionarios policiales de evitar la comisión de delitos respecto de ciudadanos en posición de garantes, véase Pawlik, M., “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, en *InDret. Revista para el análisis del derecho*, N° 1 (2008), pp. 1-28.

el legítimo sistema de privación de libertad, ni un propósito de actuación conforme a derecho²¹.

En algunos casos se ha añadido a los síntomas de ausencia de conexión del hecho con el sistema de privación legal de libertad la negativa de los funcionarios a dar cuenta de la detención que practicaron y a revelar el paradero de la persona detenida. Este elemento supone, no obstante, que la persona privada de libertad no haya sido liberada y permanezca bajo el control de los agentes del Estado. En efecto, la negativa a reconocer la detención o que se tiene a la persona privada de su libertad, es una forma de impedir el ejercicio de los derechos procesales que contempla el ordenamiento jurídico para obtener su liberación por orden judicial. Atendida la descripción de los hechos resulta evidente, sin embargo, que esta situación tampoco se verifica en el caso sub lite.

4. El delito de secuestro sin dar razón del paradero de la víctima no se encuentra tipificado en Chile, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos y particularmente en España.

Ya en el Código Penal español de 1850, el artículo 413 sancionaba al que detuviera ilegalmente a cualquier persona y no diera razón de su paradero o acreditara haberlo dejado en libertad. Actualmente, el artículo 166 del Código Penal español sanciona al reo de detención ilegal o secuestro²² que no da razón del paradero de la persona detenida.

21 Los criterios valorativos elaborados por la Corte Suprema fueron establecidos en razón del contexto en que habían ocurrido los hechos que se trataba de juzgar, en el cual cuando menos ciertos grupos organizados al interior de las instituciones armadas utilizaban sistemáticamente la violencia en contra de los adversarios políticos del régimen. Es en este contexto en el que deben entenderse tales criterios, como por ejemplo el de que se haya detenido a la persona en razón de la persecución de un delito. Este criterio no puede ser entendido en un sentido técnico estricto, como detención por flagrancia, pues solo se trataba de establecer un parámetro valorativo que diese cuenta, en el contexto mencionado, de una conexión entre la detención y el legítimo sistema de privación de libertad. El resultado de una comprensión técnica estricta de los criterios sería simplemente absurdo, pues, de concurrir los tres parámetros valorativos exigidos por la Corte Suprema para aplicar la figura del artículo 148 del Código Penal, este mismo delito resultaría inaplicable, puesto que la detención sería perfectamente legal y estaría exenta de toda arbitrariedad.

22 En el ordenamiento jurídico español, a diferencia del chileno, el tipo básico es el de detención ilegal cometido por particulares; el secuestro es la privación de libertad ilegítima y además condicionada al cumplimiento de alguna exigencia.

Consecuentemente, el tipo penal no tiene aplicación en los casos en que al detenido o secuestrado se le haya dejado en libertad²³.

Se ha sostenido con cierto fundamento que el régimen de la detención ilegal cometida por funcionario público y del delito de secuestro cometido por un particular, es una herencia del antiguo Código Penal español²⁴. Aunque esta afirmación pueda ser matizada, sobre lo que no cabe duda alguna es que los redactores del Código Penal de 1874 tuvieron a la vista la legislación española al regular ambas figuras²⁵. Pues bien, justamente en esta materia –el delito de detención ilegal o secuestro sin dar razón del paradero–, el legislador chileno se apartó del modelo español. Nuestro ordenamiento jurídico penal no contempla, ni ha contemplado nunca, un tipo penal que capte el hecho de privar a otro ilegítimamente de su libertad, sin dar luego razón de su paradero.

Esta opción legislativa puede resultar comprensible, si se tiene en cuenta que el tipo penal del antiguo artículo 413 y actual artículo 166 del Código Penal español ha sido particularmente controversial y discutido. En efecto, la doctrina española mayoritaria expresa reservas sobre la compatibilidad del precepto con la presunción de inocencia, toda vez que es al imputado a quien le va a corresponder probar que ha dejado en libertad al detenido, con lo que se le obliga a demostrar su inocencia²⁶. En la misma línea, se ha señalado que dicha figura colisionaría con la impunidad del auto encubrimiento, ya que la conducta consistente en no dar razón del paradero de la víctima podría equivaler, exclusivamente, a un no reconocimiento de la comisión del hecho.

23 Buenestado, J. L., *Derecho penal parte especial y las consecuencias jurídicas del delito en España*, Bubok Publishing SL, 2011, p. 76.

24 Valdés, D., "Violación del principio de igualdad en la ley respecto de los delitos de secuestro y detención ilegal en el código penal chileno", en *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, N° 3 (2013), p. 76.

25 Y según se vio, en materia de detenciones ilegales, además, el Código Penal belga de 1867.

26 Morrillas, L. (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2ª Ed., 2016, pp. 145 y ss.; Queralt, J., *Derecho Penal Español. Parte especial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 221; García, P., "Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia: los artículos 483 y 485 CP", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 46, Mes 2, 1993, pp. 652 y ss; Gracia, L. (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 755-758 (nota 232).

Adicionalmente, se ha criticado que la figura consistiría más bien en un delito de sospecha²⁷. En este sentido, aquello que se caracteriza como “desaparición” no sería sino una gran interrogante que presenta diversos desenlaces posibles, los cuales, en caso de ser develados, podrían tener repercusiones relevantes para el derecho penal, pero también podrían no tenerlas²⁸.

4. No es posible subsumir los hechos del caso bajo el tipo penal de secuestro

A modo de conclusión parcial, puede decirse que los hechos descritos en la sección I no pueden subsumirse en la figura típica del artículo 141 del Código Penal, por tratarse en la especie de funcionarios públicos actuando en su calidad de tales, ni en la figura típica del artículo 148 del mismo código, por tratarse de una privación de libertad realizada mediando causa legal, que no es arbitraria y que sin lugar a dudas se encuentra en conexión con el legítimo sistema de privación de libertad en el ordenamiento chileno.

Adicionalmente, no se verifican en la especie los presupuestos fácticos y valorativos que la Corte Suprema ha considerado para extender la figura del secuestro a agentes del Estado que, actuando como tales, han realizado privaciones ilegítimas de libertad que pueden considerarse como desapariciones forzadas de personas. Por último, no existe en nuestra legislación un tipo penal que sancione la privación ilegítima de libertad sin dar razón del paradero de la víctima, figura que, por lo demás, es altamente controvertida en las legislaciones que sí la contemplan.

27 Muñoz Conde, F., Derecho Penal, parte general, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 125 y ss.

28 Ragués, R., “El delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima: dificultades interpretativas de la regulación española”, en Revista de Estudios de la Justicia, Nº 12 (2010), p. 48.

III. ¿Responsabilidad penal por un eventual resultado lesivo?

1. Objetivo y definiciones

Con independencia de si los hechos descritos en la sección I de este informe configuran o no un delito de detención ilegal, es necesario analizar también si los imputados deben responder penalmente por las eventuales consecuencias lesivas que pudo haber sufrido J. A. V. E. con posterioridad a su liberación. Con tal objeto, en esta sección se analizará si la conducta realizada por los imputados puede ser subsumida bajo el tipo penal de homicidio simple, contenido en el artículo 391 N° 2 del Código Penal. Las conclusiones de este análisis son igualmente aplicables *mutatis mutandis* al delito de lesiones en sus distintas modalidades.

De acuerdo a la información que la DPP me ha proporcionado, en la carpeta investigativa no existe ningún antecedente que dé cuenta de una conducta lesiva realizada por los imputados antes de ingresar al señor J. A. V. E. al vehículo policial en que se trasladaban. Tampoco hay registros de una conducta de estas características realizada durante el trayecto a un sector colindante al Centro Penitenciario de Alto Hospicio, ni después de su liberación en dicho lugar. Por otra parte, tampoco existen antecedentes que den cuenta de la efectiva muerte del señor J. A. V. E.

En concordancia con lo anterior, el hecho que el Ministerio Público comunicó a los imputados en la respectiva audiencia de formalización no contiene referencias a una conducta que –*prima facie*– pueda ser entendida como acción u omisión «matadora», en el sentido del tipo penal de homicidio. Tampoco se hizo referencia en ella al resultado típico «muerte» del señor J. A. V. E.

Bajo la actual configuración del sistema procesal penal chileno, la referida falta de antecedentes, y de una explícita mención a elementos esenciales del tipo penal de homicidio, debiera impedir la atribución de responsabilidad penal a los imputados por la muerte del señor J. A. V. E., para el caso en que esta se hubiese efectivamente producido. Las razones que justifican esta conclusión se verán a continuación.

Para mayor claridad, dejemos expresa constancia de que el hecho cuya subsunción se analizará en esta sección del informe es el siguiente:

En horas de la mañana, los imputados trasladaron al señor J. A. V. E. desde su domicilio ubicado en la comuna de Alto Hospicio hasta las afueras de esa misma comuna, específicamente a un sector colindante al Centro Penitenciario de Alto Hospicio, lugar donde finalmente lo liberaron. A continuación, los imputados se retiraron del lugar y, desde ese momento a la fecha, se desconoce el paradero del señor J. A. V. E. Al momento de su detención, el señor V. E. se encontraba visiblemente alterado, lo cual fue atribuido por los funcionarios al consumo de pasta base o de otra sustancia similar.

2. Consideraciones de derecho procesal penal

2.1. La caracterización del hecho atribuido carece de los elementos esenciales del delito de homicidio

Si el hecho que el Ministerio Público ha comunicado a los imputados, no incluye referencia alguna²⁹ a una acción u omisión de tipo «homicida», ni tampoco al resultado típico «muerte», entonces no se cumplirán los requisitos mínimos para formular, siquiera en términos abstractos, una acusación por el delito de homicidio. Si en un escenario como este, el Ministerio Público igualmente decidiera acusar por dicho delito, el referido “déficit” o “defecto” en la descripción del hecho atribuido necesariamente llevará a un veredicto absolutorio por el delito de homicidio.

Lo anterior, por cierto, no excluye la posibilidad de que el tribunal pueda condenar igualmente en estos casos a los acusados por un delito distinto, si considera que los hechos incorporados en la acusación y acreditados durante el juicio, son constitutivos de otro delito (arts. 259 inciso final y 341

29 Que el objeto del proceso penal sea un hecho posiblemente constitutivo del delito de homicidio no depende de que en la audiencia de formalización el fiscal haya o no empleado frases sacramentales como “matar”, “causar su muerte” u otras similares. La atribución de una conducta “matadora” depende, más bien, de si el hecho global que se ha atribuido a los imputados puede o no ser razonablemente reconstruido como una instancia del verbo rector «matar», entendido por esta una conducta que, en algún sentido, está dirigida a lesionar materialmente la vida de otra persona.

inciso segundo CPP). Pero esta libertad de apreciación jurídica que tiene tribunal, en ningún caso le permite modificar o agregar elementos fácticos a la acusación fiscal, so pena de nulidad de la sentencia y del juicio (arts. 341 y 374 f] CPP). De esta manera, si la acusación carece de los referidos elementos básicos del tipo penal de homicidio, el tribunal no podrá condenar a los acusados por ese delito.

Adicionalmente, es necesario considerar que el Ministerio Público no puede subsanar válidamente las carencias señaladas recién al momento de formular su acusación. Pues, en virtud del principio de congruencia³⁰, el Ministerio Público no puede incorporar en su acusación ninguna referencia a una conducta «homicida» y/o al resultado típico «muerte», si dichos elementos no han sido comunicados previamente a los imputados en la respectiva audiencia de formalización (art. 259 inciso final CPP)³¹.

En razón de lo anterior, es común que en casos como este el Ministerio Público intente subsanar los posibles “defectos” que contiene la descripción del hecho atribuido en una audiencia de reformatización de la investigación. Ahora bien, aunque se trata de una práctica habitual al interior del sistema judicial chileno, ella presenta al menos dos complicaciones. La primera deriva del hecho de que la «reformatización» de la investigación no es una institución que esté contemplada en la legislación nacional. En efecto, ninguna norma del Código Procesal Penal autoriza expresamente al fiscal a complementar o alterar los hechos que ya ha comunicado al imputado, en presencia del juez de garantía. Por esta razón, una parte de la jurisprudencia nacional ha rechazado la posibilidad de que el Ministerio Público altere válidamente el objeto del proceso con posterioridad a la formalización, afirmando para ello que la referida potestad se agota o precluye con su ejercicio³².

30 Sobre la configuración del principio de congruencia en la doctrina y jurisprudencia nacional, ver, por todos, Del Río Ferretí, C., “Deber de congruencia (rectius, correlación) de la sentencia penal y objeto del proceso: un problema no resuelto en la ley e insoluble para la jurisprudencia chilena”, en *Ius et Praxis*, Vol. XIV, N° 2 (2008), pp. 87-126.

31 En este mismo sentido, Falcone, D., “Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal”, en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, N° 2 (2014), p. 211, indica: “si una alteración en los hechos, que signifique un aumento o variación de los mismos, no es comunicada durante la etapa de investigación, ella no podrá ser incluida en la relación fáctica de la acusación, puesto que estaría contraviniendo el principio de congruencia dispuesto en el art. 259 inciso final CPP”.

32 Falcone, ob. cit., p. 211, nota 111, cita como ejemplo de esta tendencia jurisprudencial las siguientes

La segunda complejidad que genera la reformalización consiste en que puede vulnerar, en los hechos, el derecho de defensa del imputado, que es el fundamento del principio de congruencia, de acuerdo a la doctrina³³ y jurisprudencia³⁴ nacionales. Por lo mismo, otra parte de la jurisprudencia nacional ha tendido también a impedir que el Ministerio Público altere el objeto del proceso cuando dicha complementación o alteración de los hechos puede afectar la mencionada garantía constitucional del imputado. Así ha ocurrido, por ejemplo, en aquellos casos en que el fiscal ha pretendido reformalizar la investigación en un período próximo al vencimiento del plazo para su cierre³⁵.

2.2. Vulneración del principio de inocencia

Pero incluso aunque en este caso el Ministerio Público lograra complementar válidamente el hecho abstracto atribuido a los imputados, con miras a una eventual acusación por homicidio, es dudoso que dicha imputación pueda superar las barreras que impone el principio de inocencia, en el contexto de un juicio oral, público y contradictorio.

causas: JG Los Andes, RIT 417-2004; JG San Javier, RIT 696-2004; JG San Javier, RIT 901-2004; JG Talca, RIT 10234-2004; JG Valparaíso, RIT 1770-2005.

- 33 Así, por ejemplo, HORVITZ, M. / LÓPEZ, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 329 han señalado que dicho principio "constituye una garantía para el debido ejercicio del derecho de defensa en el juicio", vinculándolo al artículo 8.2. letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que garantiza a todos los inculcados el "tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa". Cfr., también *ibíd.*, p. 341.
- 34 Paradigmática, a este respecto, la STC rol N° 1542-2009, en que consigna que el principio de congruencia "satisface una medular garantía del enjuiciamiento para el inculcado, toda vez que se evita, de ese modo, que éste pueda ser sorprendido con imputaciones respecto de las cuales no ha podido preparar probanzas de descargo ni ejercer a cabalidad sus posibilidades de defensa" (c. 5°, énfasis añadido). En el mismo sentido, SJG Chillán, RIT 62-2003; SJG Concepción, RIT 1945-2004; SJG Lota, RIT 340-2004; SJG Punta Arenas, RIT 1672-2004; SCA Coyhaique, rol 43-2004; SCA Santiago, rol 738-2006; entre otras.
- 35 En este sentido, por ejemplo, en resolución de 18 de mayo de 2008, el JG Valparaíso, RIT 1770-2005, indicó que "sin perjuicio de [...] que el derecho a formalizar es privativo del Ministerio Público, que puede hacerlo en cualquier momento [...], teniendo presente que el plazo de cierre de la investigación vence prontamente, si este tribunal autoriza reformalizar los hechos el abogado defensor tendría solo dos días para modificar su estrategia de defensa [por lo que], este tribunal [...] rechaza la reformalización solicitada por la fiscalía, por estimar que vulnera [...] en especial el debido derecho a defensa, en atención al plazo que tendrían para el cierre de esta investigación".

Tanto la doctrina³⁶ como la jurisprudencia³⁷ han reconocido que el principio de inocencia es una institución multidimensional³⁸. Así, por ejemplo, en virtud de lo dispuesto en el art. 4° del Código Procesal Penal, se afirma que este opera como principio informador del proceso penal y también como regla de trato. Pero el contenido de este principio va incluso más allá. Así, en el ámbito de la prueba también opera como regla probatoria y regla de juicio cumpliendo dos grandes funciones: “Por un lado, exige la presencia de ciertos requisitos en la actividad probatoria para que ésta pueda servir de base a una sentencia condenatoria (función de regla probatoria) y, por otro lado, actúa como criterio decisorio en los casos de incertidumbre acerca de la *quaestio facti* (función de regla de juicio)”³⁹.

Como regla de prueba, la garantía de inocencia se dirige a los intervinientes, principalmente al Ministerio Público y/o al querellante, ya que son aquellos los que están jurídicamente obligados “a rendir prueba de cargo en el juicio oral y acreditar que fue obtenida en pleno respeto de las garantías procesales y derechos fundamentales”⁴⁰. Como consecuencia de lo anterior, la falta o defecto de dicha actividad probatoria de cargo llevará necesariamente a considerar “probada la hipótesis que afirma la inocencia del acusado”⁴¹. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que, en virtud del principio de inocencia, “los imputados no están obligados a probar su inocencia, [sino que] es el Estado el que debe probar todos los elementos del delito”⁴².

36 Para un desarrollo de estas distintas facetas en el ámbito español, ver, Ferrer Beltrán, J., “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Vol. IV, N° 1 (2010), pp. 1-26. En el ámbito nacional, ver, por todos, Valenzuela, J., “Inocencia y razonamiento probatorio”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° XVIII (2013), pp. 13-23; y Piñero, S., “Valoración de la declaración del imputado a la luz de la presunción de inocencia”, en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, N° 64 (2004), pp. 125-168.

37 Ver, entre otras, SCS rol N° 2463/2008, c. 5°; STC rol N° 739-2007, c. 7°-8°; STC rol N° 2935-15, c. 5°-8°; STC rol N° 739, c. 8°; STC rol N° 1351, c. 45; y STC rol N° 2673, c. 57.

38 Para una visión panorámica del principio de inocencia en el ordenamiento jurídico chileno, ver, por todos, Nogueira, H., “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, en *Ius et Praxis*, Vol. 11, N° 1, 2005, Talca, pp. 221-241. Para el tratamiento que este principio ha recibido en la jurisprudencia nacional, ver, SCS rol N° 2634-2008; SCS rol N° 1213-2012; SCS rol N° 740-2005; SCA Valdivia rol RPP N° 368-2016, entre otras.

39 Fernández, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Editorial Iustel, Madrid, 2005, p. 118. Un desarrollo de estos conceptos se puede encontrar en las pp. 118 y ss.

40 Piñero, ob. cit., p. 143. En el mismo sentido, Valenzuela, ob. cit., p. 16, indica que, como regla de prueba, la presunción o el principio de inocencia opera como “una regla que permite distribuir la carga de producir prueba”.

41 Valenzuela, ob. cit., p. 16.

42 SCS rol N° 2634/2008, c. 3°. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado que, el principio inocencia, obliga “a la parte acusadora [a] acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (in dubio pro reo)”. STC rol 1351-2009, c. 45.

Como regla de juicio, en cambio, el principio de inocencia se dirige principalmente al tribunal a través del estándar de convicción de duda razonable (art. 340 CPP)⁴³. En particular, si luego de haber valorado la prueba aportada por la parte acusadora, el resultado que esta genera en el tribunal no es concluyente, las dudas que puedan existir deberán necesariamente “resolverse a favor del acusado”⁴⁴. De esta manera, como se puede advertir, para derrotar el estado jurídico de inocencia que protege a cada individuo en su relación con el Estado, no basta con que el Ministerio Público y/o el querellante desarrollen una mínima actividad probatoria de cargo⁴⁵, sino que la prueba rendida durante el juicio oral debe ser idónea y suficiente para que el tribunal adquiera la certeza moral –más allá de toda duda razonable– sobre la efectiva ocurrencia del hecho delictivo y la participación del acusado en el mismo⁴⁶.

Como ya se indicó, en este caso no hay ningún antecedente que pueda dar cuenta de una conducta dirigida a lesionar materialmente la vida del señor J. A. V. E. y/o que constate la efectiva producción del resultado típico «muerte» de dicha persona. Por esta razón es que, en virtud del principio de inocencia en su manifestación de regla probatoria y regla de juicio, el tribunal no debiera poder adquirir certeza moral –más allá de toda duda razonable– sobre la existencia del hecho punible ni, en su caso, sobre la participación de los imputados en el mismo.

Sin perjuicio de lo anterior se debe considerar que, en casos como estos, siempre existe el riesgo de que se proceda inadvertidamente a invertir la carga de la prueba, infringiéndose de esta manera el principio de inocencia. Una de las formas en las que esto podría producirse consiste en la

43 Sobre el alcance y construcción de este estándar de valoración de la prueba, ver, por todos, Accatino, D., “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXXVII (2011), pp. 483-511.

44 Fernández, ob. cit., pp. 157-158.

45 Cfr., Piñero, ob. cit., p. 162. Sobre la necesidad de que la presunción de inocencia sea derrotada por una actividad de cargo mínima o suficiente, ver, por todos, Miranda, M., La mínima actividad probatoria en el proceso penal, José María Bosch, Barcelona, 1997, passim.

46 En este mismo sentido, por ejemplo, la SCA de Valdivia RPP N° 473-2016, c. 7°: “Que, conforme a los conceptos desarrollados, el principio de inocencia debe ser destruido sobre la base de la investigación de los hechos, lo que incluye la participación culpable del sujeto en el ilícito, para lo que debe necesariamente incorporarse prueba lo suficientemente convincente e inequívoca en cuanto a su responsabilidad, que sea de tal fuerza, que el juzgador lo tenga como responsable del hecho más allá de toda duda razonable, esto es, con un grado de certeza moral que no le permita dudar respecto a su inocencia”.

invocación a las máximas de la experiencia, entendidas estas como juicios o razones de carácter generalizador obtenidas por inducción a partir del conocimiento común⁴⁷.

Frente a esto, debe considerarse que las máximas de la experiencia solo pueden operar como un criterio o estándar de control del razonamiento realizado por el juez al valorar la prueba efectivamente producida durante el juicio oral. En cambio, ellas no pueden operar como un mecanismo autónomo para generar un elemento de prueba que permita suplir o complementar la deficiente actividad probatoria de cargo desplegada por el Estado. Si esto ocurriera, tal razonamiento integrador del tribunal habría infringido el principio de inocencia, en su dimensión de regla de probatoria y de juicio.

Como la diferencia antes anotada puede ser sutil y, por lo mismo, difícil de controlar en la práctica, conviene reformular desde el comienzo el problema en los siguientes términos: ¿En qué casos o bajo qué condiciones una prueba “indiciaria”, complementada por un razonamiento inductivo, es idónea para formar la convicción condenatoria del tribunal? La respuesta que la jurisprudencia nacional ha entregado tradicionalmente a esta pregunta es la siguiente: para que la prueba de cargo de naturaleza indiciaria permita dar por acreditado un determinado elemento del delito mediante un raciocinio por inferencia, dicho razonamiento “debe desembocar en una única conclusión posible, ya que, la existencia de muchas conclusiones alternas desvirtúa el valor de la prueba indiciaria”⁴⁸. En otras palabras, “sólo cuando la conclusión resulta unívoca, derivada de un razonamiento válido, puede decirse que estamos frente a una mínima actividad probatoria que ha desvanecido válidamente la presunción de inocencia”⁴⁹.

De esta manera, si la prueba indiciaria conduce a varias hipótesis alternativas y no solo a la comprobación del delito –o de alguno de sus elementos–, entonces carece de capacidad para formar válidamente la convicción

47 Así lo ha constatado, por ejemplo, Hunter, I., “Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta”, en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, Año 22, N° 1 (2015), p. 238, quien de forma elocuente ha indicado que la utilización de las máximas de la experiencia, en ciertas ocasiones, “dispensan a una de las partes de la prueba de un hecho, trasladando la carga a la parte que en principio nada tenía que probar”.

48 SCA San Miguel RPP rol N° 21803, c. 10.

49 SCA San Miguel RPP rol N° 21803, c. 10.

condenatoria del tribunal⁵⁰. Esto es lo que la Corte Suprema ha denominado “principio de la lógica de la razón suficiente”, en cuya virtud “ninguna enunciación puede ser verdadera sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo”⁵¹. El fundamento de este principio reside, a su vez, en la comprobación de que “una sentencia debe descartar o aceptar hechos (aserciones) en base a las pruebas rendidas y no en función de la capacidad explicativa que tenga una narración, por muy coherente que esta sea”⁵². En el mismo sentido, el tribunal no puede dar por acreditados los hechos que afirma la parte acusadora simplemente por considerar que son verosímiles o probables⁵³.

2.3. Prueba de un delito de homicidio sin el cuerpo de la presunta víctima

Por último, debe considerarse que el hecho de que la presunción de inocencia impida en este caso una posible imputación por el delito de homicidio no quiere decir, sin embargo, que en Chile no sea posible condenar a una persona por ese delito mientras el cuerpo de la presunta víctima no aparezca. Al contrario, el Código Procesal Penal contempla diversas normas

50 SCA San Miguel RPP rol N° 21803, c. 11: “Que, en ese contexto, es menester señalar que la prueba indirecta que lleva a la certeza judicial necesaria para fundar una condena, debe cumplir una exigencia esencial, que el hecho base de la presunción (relativa a la conducción) ha de estar plenamente probado, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, ni fuerza acreditativa. Cuando del hecho base no se infiere de forma inequívoca la conclusión, eso hace que la inferencia sea tan abierta que dé pie para albergar tal pluralidad de conclusiones que ninguna pueda darse por probada. La duda razonable como obstáculo de la convicción judicial, en el caso subexámine tiene una entidad tal, que generó en el tribunal a quo un estado de indeterminación entre dos decisiones, situación de indefinición que no le permitió salir de aquel estado aiosamente sino optando por la decisión que le pareció más adecuada con su íntimo parecer, esto es absolución”.

51 SCS rol N° 6751-2009. En el mismo sentido, la SCS rol N° 1893-2015, c. 7°, define el principio de la razón suficiente como aquel en virtud del cual “el razonamiento debe constituirse mediante inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en su virtud se hayan determinado, satisfaciendo así las exigencias de ser concordante, verdadera y suficiente”. Ver también SCA Concepción rol RPP N° 931/2015, c. 3°.

52 Avilés, L., “Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional”, en Revista de Estudios de la Justicia, N° 4 (2004), p. 180. En el mismo sentido, Horvitz / López, ob. cit., II, pp. 155-156: “el juicio penal no es una contienda en la que el tribunal se pronuncia sobre cuál de las dos versiones ante él presentadas es ‘mejor’, sino que es un método para determinar con certeza la existencia de un delito y la participación del acusado, de modo que si ello no se logra debe absolverse, incluso si no se encuentran probados los enunciados fácticos que demostrarían la inocencia del acusado”.

53 En el mismo sentido, Avilés, ob. cit., p. 181: “Una probabilidad, en el sentido de repetición o frecuencia estadística, no puede sustentar una sentencia condenatoria penal, ya que el principio de presunción de inocencia y la carga de la prueba obligan a un plus mayor”.

que reflejan la posibilidad de que el juez declare culpable a una persona por un delito de homicidio, aun cuando el cuerpo del occiso no aparezca⁵⁴.

Tal es el caso, por ejemplo, de los artículos 473, letra b) y 475, inciso segundo del Código Procesal Penal. En efecto, estas normas contemplan expresamente la posibilidad de una sentencia condenatoria por “homicidio de una persona cuya existencia se comprobare después de la condena”. A juicio de la Corte Suprema, lo anterior “revela palmariamente la aceptación de un juicio [por homicidio] sin contar con el cadáver, siempre que el fallecimiento se halla demostrado por otras probanzas”⁵⁵.

En este mismo sentido, la Corte Suprema ha afirmado que la existencia de reglas especiales de indagación sobre el hallazgo de cadáveres y autopsias que contiene el Código Procesal Penal (arts. 199 y 201), “no son excluyentes de las disposiciones generales del artículo 295, que establece la libertad de prueba, lo cual significa que en los homicidios la muerte de la víctima puede acreditarse por cualquiera de los medios producidos e incorporados con arreglo a la ley”⁵⁶.

De esta manera, para dar por establecido el delito de homicidio bajo el actual sistema procesal penal chileno (art. 295 CPP), no es necesario que el tribunal cuente con una prueba que, de manera más o menos directa, pueda dar cuenta de la «muerte» de una persona. Pues el referido sistema de libertad probatoria permite formar la certeza moral del tribunal, más allá de toda duda razonable, sobre la efectiva concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad penal –entre ellos, el resultado «muerte» en el delito de homicidio– por “cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”. Con todo, debe existir algún otro medio de prueba capaz de superar el estándar de convicción, ya que el tribunal no podría dar por establecido dicho elemento del delito por simples suposiciones o sospechas, como ya se ha visto.

54 En este mismo sentido, ver, SCS rol N° 8178-2011, c. 12.

55 SCS rol N° 8178-2011, c. 17. Con todo, podría cuestionarse la validez general de esta conclusión de la Corte Suprema si se considera que dichas normas también podrían aplicarse a los casos de erróneo reconocimiento de un cuerpo existente y no, necesariamente, de una condena sin cuerpo de la (presunta) víctima.

56 SCS rol N° 8178-2011, c. 17.

Además, como contrapartida de este sistema de libertad probatoria⁵⁷, el tribunal está obligado a fundar debidamente su sentencia y explicar de qué manera la prueba de cargo presentada por el Ministerio Público le permite dar por establecido, más allá de toda duda razonable, los presupuestos de comisión de un delito⁵⁸. Al fundamentar su decisión, haciéndose cargo de todas las alegaciones de los intervinientes y de la prueba que haya sido efectivamente producida durante el juicio oral, el tribunal debe respetar los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados (art. 297 CPP)⁵⁹.

En síntesis, se trata de que, ante la ausencia del cuerpo de la víctima, el tribunal no puede dar por acreditado el resultado «muerte» de cualquier manera ya que tiene ciertas limitaciones. En primer lugar, no puede dar por acreditado dicho elemento si no existe algún otro medio de prueba –distinto de aquellos que derivan del examen más o menos directo del cuerpo de la víctima– que permita dar cuenta del mismo. En segundo lugar, el tribunal tampoco podría dar por establecido dicho elemento del delito infringiendo los límites que impone la sana crítica. Por último, tampoco podrá dar por acreditado la muerte de una persona con infracción a los principios y garantías que configuran el sistema procesal penal chileno. Es en virtud de esta última limitación que el tribunal no podría dar por acreditado el resultado de muerte únicamente porque la presunta víctima no ha sido vista durante un período más o menos extenso de tiempo o porque no se ha podido demostrar positivamente que ella sigue viva. Esto, como ya se indicó, importaría una inversión de la carga probatoria en perjuicio del imputado y, por lo mismo, una infracción del principio de inocencia en su dimensión de regla probatoria y regla de juicio.

57 Sobre los rasgos generales del sistema probatorio de libre convicción o sana crítica, ver en la doctrina nacional, Horvitz / López, ob. cit., II, pp. 149 y ss.

58 A pesar de la amplitud que entregan los artículos 323 y 297 CPP –en virtud de los cuales, “cualquier elemento que se lleve a juicio es válido y ninguno tiene a priori una mayor o menor relevancia”, Avilés, p. 181–, el sistema de libre valoración de la prueba tiene múltiples limitaciones en el sistema procesal penal chileno. Varias de estas limitaciones, vienen impuestas precisamente por la presunción de inocencia, en sus múltiples proyecciones de principio informador, regla de prueba y regla de juicio.

59 De acuerdo a Horvitz / López, ob. cit., II, p. 150, el sistema de libre convicción o sana crítica racional se caracteriza “por la inexistencia de reglas legales tendientes a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”.

3. Consideraciones de derecho penal sustantivo

Además de los problemas de naturaleza procesal anotados en el apartado anterior, los casos en que el cuerpo de la presunta víctima no ha aparecido también generan problemas sustantivos de atribución de responsabilidad penal. Pues, aun cuando la producción del resultado «muerte» lograra acreditarse fehacientemente por algún otro medio de prueba, todavía habría que determinar si dicho resultado puede o no ser atribuido a los imputados como obra suya. Solo en la medida en que esto sea posible, podría realizarse un juicio de reproche personal por la infracción de la norma de conducta que prohíbe matar a otro.

3.1. Definición de la conducta penalmente prohibida

Para atribuir responsabilidad penal a una persona por la ejecución de un determinado hecho el Ministerio Público debe probar, más allá de toda duda razonable, que aquella infringió con su conducta una determinada norma jurídico-penal⁶⁰. En el caso del delito de homicidio (art. 391 N° 2 CP), lo anterior no se satisface con la simple comprobación de que una persona tuvo incidencia causal en la producción del resultado «muerte» de otro ser humano.

En apretada síntesis, la comprobación del tipo objetivo de cualquier delito exige verificar, en primer lugar, que la persona en cuestión se encontraba obligada, jurídico-penalmente hablando, a evitar el hecho apto para realizar la descripción contenida en el tipo penal. Una vez comprobado lo anterior, es necesario delimitar tal obligación mediante la aplicación de las instituciones de la imputación objetiva de conductas⁶¹ y –para el caso de los delitos de lesión– de la imputación objetiva de resultados⁶².

60 En términos análogos, Horvitz / López, ob. cit., I, p. 132, afirman que “en virtud del derecho al juicio previo y a la presunción de inocencia, el Estado tiene impuesta la carga de probar en grado de certeza todos los extremos de la imputación delictiva”.

61 Sobre la atribución de responsabilidad penal conforme a los postulados de la teoría de la imputación objetiva, ver, Politoff / Matus / Ramírez, ob. cit., PE, p. 34. Cfr., también, Politoff / Matus / Ramírez, ob. cit., PG, p. 34, pp. 178 y ss.

62 Para un desarrollo extenso de estos conceptos, véase Jakobs, G., *La imputación objetiva en el Derecho Penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1996, *passim*.

Para los propósitos de este informe, en el nivel de la imputación objetiva de conductas solo será necesario analizar si el hecho descrito previamente en la sección III.1 generó o no un riesgo típicamente relevante para la vida de otra persona, en el sentido exigido por el tipo penal de homicidio. Por su parte, en el nivel de la imputación objetiva de resultados se analizará si dicha conducta –para el evento de que haya generado un riesgo típicamente desaprobado para la vida de las personas–, tuvo o no incidencia causal en la producción del resultado típico «muerte» y si, además, el riesgo generado fue precisamente el que se realizó en el resultado típico.

3.2. Posición de garante

El análisis de la responsabilidad penal de una persona exige comprobar, en primer lugar, que ella se encontraba obligada, jurídico-penalmente hablando, a evitar el hecho apto para realizar la descripción contenida en el tipo penal. En este caso, se trata de averiguar si, al momento realizar el hecho descrito en la sección III.1, los imputados estaban obligados, después de haber transportado y liberado al señor J. A. V. E., a evitar un suceso que se dejara describir como producción de su muerte.

En principio, podría estimarse que la constatación de la posición de garante de los imputados no reviste en este caso mayor complejidad. Pues, si aquellos actuaban como miembros de Carabineros de Chile, ejercían entonces en una función estatal mínima e irrenunciable, consistente en garantizar y mantener el orden público y la seguridad interior en todo el territorio de la República (art. 1° LOC Carabineros, N° 18.961). En virtud de esta función, podría afirmarse, los funcionarios policiales se transforman en garantes de los riesgos que amenazan a las personas que momentáneamente están bajo su custodia. Sin embargo, esta posición de garante institucional no subsiste indefinidamente en el tiempo, después de que dicha custodia policial ha concluido. Los funcionarios policiales no son garantes, por el hecho de desempeñarse en ese rol, de cualquier riesgo que puede amenazar a una persona que estuvo transitoriamente bajo su custodia, con independencia del lugar y del momento en que tales riesgos se manifiesten.

Sin embargo, la situación sería diferente si los riesgos que pudieran manifestarse con posterioridad a la liberación del señor J. A. V. E. eran de incumbencia de los funcionarios en razón de otro fundamento jurídico. En

concreto, debe considerarse la posibilidad de que los imputados, al momento de realizar el hecho descrito, hayan sido garantes por «injerencia». Esta posición de garante resulta de un comportamiento previo en virtud del cual una persona ha irrumpido en una esfera de organización y derechos ajena⁶³. De acuerdo a la doctrina mayoritaria, para constatar tal posición de garante –lo que siempre se hace desde la perspectiva de un tipo penal determinado, en este caso, el de delito de homicidio– es necesario afirmar que la conducta previa de los imputados fue ilícita, antijurídica o antinormativa. En este sentido, se ha señalado que “debe tratarse, en primer lugar, de una acción ilícita (pero no necesariamente típica) y, además, dar origen a una elevada probabilidad de daño”⁶⁴.

En el caso sub lite la conducta consiste en transportar y luego liberar a una persona mayor de edad en un sector rural colindante con un centro poblado. A mi juicio, esta conducta no alcanza a fundar una posición de garante por injerencia respecto de la vida de la persona transportada y liberada. Si esta última valoración es correcta a la luz del derecho penal vigente, entonces los imputados tampoco habrían sido garantes por injerencia, al momento de realizar el hecho descrito en la sección III.1.

Para efectos de completar el análisis supongamos, no obstante, que en la especie concurre tal posición de garante por injerencia. Como es sabido, ello no implica que el garante sea inmediatamente responsable de un delito, pues la competencia por la evitación de un determinado suceso que pudo haber realizado los elementos de un tipo penal no es indeterminada. Al contrario, dicha competencia debe ser delimitada a través de las distintas instituciones de la imputación objetiva de conductas y de resultados. Solo mediante la aplicación de dichas instituciones se podrá determinar si existió o no un quebrantamiento de la respectiva norma de conducta jurídico-penal, pues si una persona es garante pero su conducta se enmarca dentro del riesgo permitido, o ha podido confiar en las medidas de resguardo de otro garante, o el hecho ha de imputarse preferentemente a la propia víctima, entonces no nacerá la responsabilidad penal.

63 Para un análisis de esta posición de garante en el ámbito nacional, ver, Izquierdo, C., “Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XXXIII, N° 2 (2006), pp. 329-343.

64 Cury, E., *Derecho Penal. Parte General*, Ediciones UC, Santiago, 9ª Ed., 2005, p. 683.

Por ejemplo: todos los que conducen vehículos motorizados son garantes de que las situaciones complejas en el tráfico motorizado terminen bien, pero al mismo tiempo pueden confiar en que los demás conductores no van a quebrantar en forma grosera sus propios deberes –v.gr., que van a respetar las luces de los semáforos–; si esta confianza resulta defraudada en un caso puntual, solo podrá responder penalmente el que quebrantó su deber, aunque el conductor respetuoso del semáforo haya sido causal respecto del resultado y también fuera garante de que la situación llegara a buen término. Lo mismo ocurre en los casos de observancia del riesgo permitido y de aplicación del principio de autorresponsabilidad.

3.3. Imputación objetiva de la conducta: infracción del riesgo permitido

Los modos en los que una persona puede matar a otra son innumerables. Por esta razón es que el legislador no señaló, ni siquiera a modo ejemplar, cuáles son las posibles formas que puede adoptar la conducta típica del delito de homicidio. En su lugar, solo estableció un tipo resultativo o de medios abiertos⁶⁵.

Sin embargo, no todo comportamiento humano cuenta como una acción u omisión “matadora” en el sentido del tipo penal. Por ejemplo, si una persona comunica a otra una mala noticia que provoca en ella tal nivel de congoja que sufre un infarto y muere, no es posible afirmar que la primera haya realizado una acción matadora en el sentido del artículo 391 N° 2 CP. La razón de esto no reside en que el legislador haya excluido las simples palabras como medio idóneo para cometer el delito de homicidio. Al contrario, quien solo le indica a una persona ciega que puede seguir avanzando, sin advertirle que el semáforo de peatones está en rojo, podría llegar a cometer un delito de homicidio si se produce la muerte de aquella (y concurren los demás requisitos de la responsabilidad penal). Así, la razón por la que una persona que comunica a otra una mala noticia no realiza una conducta *prima facie* matadora en el sentido del tipo penal radica, más bien, en que dicha conducta, desde una perspectiva *ex ante*, de acuerdo a un observador medio situado, no genera un riesgo típicamente desaprobado para la vida de las personas.

65 Politoff / Matus / Ramírez, ob. cit., PE, pp. 32 y ss.

De esta manera, luego de determinar si los imputados son garantes se debe comprobar si, al realizar el hecho, transgredieron o no el riesgo permitido en relación con el tipo penal de homicidio.

De acuerdo con la doctrina dominante, el juicio de transgresión del riesgo permitido debe realizarse conforme a un criterio objetivo *ex ante*⁶⁶. Es decir, no se trata de tomar en consideración todas las circunstancias que luego de la investigación se ha logrado identificar como concurrentes al momento del hecho (y que solo podrían haber sido percibidas en ese instante por un observador omnisciente), sino solo las que, en dicho momento, eran reconocibles para un sujeto medio situado, es decir, para un sujeto que se desempeña en el mismo ámbito de la persona cuya conducta se evalúa. En este caso, por tanto, solo deben tomarse en consideración aquellas circunstancias que un funcionario policial de formación media, del mismo rango y experiencia que tenían los imputados, podría haber identificado en la misma situación o contexto⁶⁷.

La referencia del análisis a un tipo penal determinado resulta fundamental, pues del hecho de que una persona actúe más allá del riesgo permitido en un cierto ámbito no se sigue que haya transgredido tal riesgo en otro. Concretamente, en este caso, no es posible afirmar que la circunstancia de que la liberación del señor J. A. V. E. haya infringido una reglamentación interna de Carabineros de Chile, o incluso la ley procesal constituya una violación del riesgo permitido respecto del delito de homicidio. Aparte de que el juicio de transgresión del riesgo permitido no se construye a partir de la simple constatación de una infracción normativa, la pregunta relevante es si tal infracción importa, por sí sola, la creación de un riesgo desaprobado para la vida de las personas.

66 Cfr. Frisch, W., *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 111 y ss.; Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2011, p. 260, con ulteriores referencias en nota marginal 38. En la jurisprudencia, ver, por todas, SCA Santiago rol N° 1944-2016, c. 12°.

67 En este sentido, no se trata tampoco de que la evaluación del riesgo permitido se restrinja solo análisis de aquellas circunstancias que efectivamente hayan sido conocidas por el agente al momento del hecho. Aquello implicaría transformar el análisis del riesgo permite en un análisis de evitabilidad individual y no de imputación objetiva de conductas. La representación subjetiva de la concreta aptitud lesiva de su conducta para realizar o no el tipo penal, es algo que forma parte del juicio de imputación subjetiva, particularmente de las formas de evitabilidad individual conocidas como dolo o imprudencia.

Por lo tanto, y con independencia de que la conducta enjuiciada haya o no infringido un protocolo interno de actuación, lo que debe averiguarse es si la liberación de J. A. V. E., en el lugar y contexto en que se produjo, generó o no un riesgo típicamente desaprobado para la vida de las personas. Las circunstancias que debieran tomarse en consideración para la construcción de este juicio son las siguientes:

- a) características del lugar en que se produjo la liberación de la persona;
- b) circunstancias que rodearon dicha liberación (hora del día en que se produjo, situación previa, características climáticas del momento, etc.); y
- c) características de la persona liberada.

Con respecto al primer factor, podría considerarse que la distinción entre «lugar solitario» y «lugar no solitario» que emplean los artículos 346 y 349 del Código Penal podría ser útil para evaluar el nivel de riesgo que una conducta como la descrita, en las valoraciones del legislador, puede implicar para la vida de las personas. Según Etcheberry, un «lugar solitario» es aquel en que “el socorro no es probable en el momento del abandono”⁶⁸; un «lugar no solitario», por su parte, corresponde a aquel en que dicho socorro sí es posible en el momento del abandono⁶⁹. En virtud de lo anterior, solo en la medida en que la liberación se haya producido en un «lugar solitario» –y que pudo haber sido reconocido como tal, por un funcionario policial medio situado, del mismo nivel de experiencia y conocimiento de los imputados– sería posible afirmar que dicha liberación generó un nivel de riesgo que podría llegar a considerarse, en la valoración del legislador, como típicamente relevante para la vida de las personas. Este juicio provisorio idoneidad del riesgo debe “sumarse” o “compensarse”, según el caso, con los otros indicadores de riesgo que han sido mencionados previamente (contexto de la liberación y características de la persona liberada).

Respecto del tercer factor antes indicado, se podría pensar que los conceptos de «niño» y «persona desvalida» que emplean los artículos 346 y siguientes del Código Penal, permitirían evaluar –por analogía– los niveles

68 Etcheberry, ob. cit., IV, p. 14.

69 Etcheberry, ob. cit., IV, p. 16.

de riesgo que, siempre en la apreciación del legislador, introducen las características de la persona que es liberada. Así, en un caso como el descrito en la sección III.1 podría considerarse que la liberación de una persona que objetivamente responda a las características de un «niño» o de una «persona desvalida» en el sentido del Código Penal⁷⁰ podría llegar a fundamentar un posible juicio de transgresión del riesgo permitido, en relación con el delito de homicidio.

Por cierto, debe recordarse que este juicio de infracción del riesgo permitido se realiza conforme a un criterio objetivo *ex ante*. Por lo mismo, no deben considerarse realmente todas las circunstancias del hecho que en el transcurso de la investigación pueden haberse identificado como concurrentes, sino solo aquellas que eran cognoscibles en dicho contexto para una persona de formación media que desempeña el mismo rol de las personas cuya conducta se trata de subsumir bajo el tipo penal. Así, por ejemplo, en el juicio de evaluación del riesgo permitido no podría considerarse la enfermedad psiquiátrica o mental del señor V. E., ya es imposible que dicha condición médica haya sido reconocible para un carabinero de formación media, con el mismo nivel de experiencia que los imputados, situado en el mismo contexto.

En virtud de lo anterior, la determinación de si la conducta de liberación de una persona constituye o no un riesgo típicamente desaprobado para la vida de las personas es el resultado de la confluencia de los factores “de riesgo” previamente indicados. En este sentido, por ejemplo, liberar a una persona adulta en un lugar de fácil acceso, por el que transitan otras personas que pueden prestar auxilio y en cuyas inmediateces es posible conseguir elementos de subsistencia por un período de tiempo razonable, posiblemente no generará un riesgo relevante para la vida, en el sentido del tipo penal de homicidio.

70 Etcheberry, *ob. cit.*, IV, p. 17, indica a propósito de los conceptos de “persona enferma” o “imposibilitada”: “Estos conceptos, que en sí son bastante amplios, deben ser precisados a la luz del epígrafe del párrafo, que se refiere al abandono de una persona ‘desvalida’. No cualquiera enfermedad es suficiente para integrar la tipicidad de este delito: debe tratarse de una enfermedad que imposibilite a la persona para valerse por sí misma, o sea, para defenderse de los peligros que eventualmente la amenacen o de procurarse la asistencia que necesita para el mantenimiento de su vida y salud. Tal es también el sentido de las expresiones ‘desvalida’ o ‘imposibilitada’. La enfermedad puede ser física o mental; la imposibilidad puede derivar de otras causas: privación de sentido, inmovilidad por ataduras, etc. Una u otra no necesitan ser permanentes; pueden ser transitorias, siempre que su duración sea suficiente como para hacer previsible la posibilidad de la muerte o lesión graves”.

Puede concluirse entonces que el hecho descrito en la sección III.1 no generó un riesgo típicamente relevante para la vida de las personas, en el sentido del tipo penal de homicidio, por las siguientes razones:

1. El lugar en que se produjo la liberación del señor J. A. V. E. no es uno que pueda ser calificado como «sitio solitario» en el sentido ya anotado. En efecto, de acuerdo a la información que me ha proporcionado la DPP, el lugar en que se produjo la liberación estaba a metros del Centro Penitenciario de Alto Hospicio y de vías públicas por las que periódicamente transitan vehículos. Por lo mismo, se trata de un lugar en el que es posible contar con asistencia de terceros, al menos desde una perspectiva ex ante.

2. Conforme a los antecedentes disponibles, la liberación no se produjo en un momento con condiciones climáticas particularmente adversas que pudieran poner en riesgo la vida de las personas desde una perspectiva ex ante.

3. Por último, en cuanto a las características personales de la persona liberada, debe considerarse que el señor J. A. V. E. no era un «niño» en el sentido del artículo 346 CP. Del mismo, aquel tampoco era una «persona desvalida», en el sentido que se ha dado a esta expresión. Las razones que fundamentan esta última conclusión son las siguientes:

a) De acuerdo a la información que nos ha proporcionado la DPP, en la carpeta investigativa existen antecedentes que dan cuenta que los problemas psiquiátricos y/o psicológicos del señor J. A. V. E. no afectaban su capacidad motora ni de orientación, sino solo sus capacidades para hablar y para relacionarse socialmente. Por lo mismo, es difícil concluir que dicha enfermedad le haya impedido

“defenderse de los peligros”⁷¹ que podían haber existido en el lugar en que se produjo su liberación, o bien, que le impidiera procurarse la asistencia necesaria “para el mantenimiento de su vida y salud”⁷².

71 Etcheberry, ob. cit., IV, p. 17.

72 Ibid.

b) Incluso si el señor J. A. V. E. hubiera padecido una enfermedad por la que pudiera considerársele una «persona desvalida» en los términos ya anotados, de ello no se sigue que dicha condición deba necesariamente integrar el juicio de transgresión del riesgo permitido. En efecto, dicha condición solo podría integrar el referido juicio en la medida que ella haya sido cognoscible, desde una perspectiva *ex ante*, para un sujeto medio situado, que desempeñara el mismo rol de la persona cuya conducta se evalúa (en este caso, para un funcionario policial de similares características y formación). Si dicha condición no era cognoscible en los referidos términos, entonces la única pregunta relevante es la siguiente: trasladar a una persona mayor de edad, que tiene sus capacidades motoras y de orientación operativas, a un lugar que está a escasos kilómetros de su domicilio, para liberarla en un sitio no solitario, ubicado a metros de un centro poblado, en un día y hora con condiciones climáticas no adversas, ¿genera –desde una perspectiva *ex ante*– un riesgo típicamente desaprobado para la vida de las personas? A juicio de quien suscribe este informe, la respuesta a esta pregunta ha de ser negativa.

Al mismo resultado de exclusión de la imputación, aunque con diversos fundamentos, se llega desde una perspectiva finalista, o desde cualquiera otra que analice la infracción del riesgo permitido desde un punto de vista *ex post*. En esta aproximación de este tipo resultaría posible afirmar inicialmente, en un caso como el que se analiza, la transgresión del riesgo permitido, para luego descartar la imputación de un resultado lesivo por falta de causalidad o, en último término, negar la imputación subjetiva –dolo o culpa– respecto de lo que no era cognoscible o previsible al tiempo de la acción para el hombre medio situado⁷³.

3.4. Imputación objetiva del resultado

a) Causalidad como presupuesto para la imputación

Solo si, a juicio del aplicador del derecho, la conducta cuya subsunción se analiza generó un riesgo típicamente relevante para la vida de las personas, podrá analizarse si ella tuvo además incidencia causal en la producción del

73 Cfr. van Weezel, A., "Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes", *Revista Chilena de Derecho*, Vol 26, N° 2 (1999), pp. 323 y ss., con ulteriores referencias.

resultado «muerte». En cambio, si desde la perspectiva ex ante de un funcionario policial medio, la conducta descrita no generó tal riesgo, entonces no resultará necesario analizar la imputación objetiva del resultado. Aún más, si la atribución de responsabilidad penal decae en el nivel de la imputación objetiva de conductas, ni siquiera será posible imputar responsabilidad penal a dichas personas a título de tentativa.

Sin perjuicio de lo anterior, en este caso la complejidad reside en que no existe antecedente alguno que dé cuenta, con un grado razonable de certeza, de la efectiva materialización del resultado típico «muerte». Por lo mismo, en este escenario, tampoco podría verificarse si la conducta descrita en la sección III.1 –dando por supuesto, para efectos de este análisis, que ha transgredido el riesgo permitido en relación con el tipo penal de homicidio–, es o no condición del resultado típico «muerte» de acuerdo a la denominada y predominante “teoría de la conditio ajustada a las leyes de la naturaleza”.

En efecto, en este caso no es posible aplicar el mecanismo de la supresión mental hipotética que emplean la doctrina y jurisprudencia mayoritarias para acreditar la relación de causalidad entre la conducta y el resultado típico. Más correctamente, la referida situación de incertidumbre sobre la efectiva producción del resultado típico «muerte», así como de su concreta forma de materialización, necesariamente debiera conducir a la negación de la referida relación de causalidad como presupuesto para la subsunción⁷⁴.

b) Imputación “normativa” del resultado

Para realizar este juicio de imputación normativa es necesario que previamente: (i) se haya podido comprobar la efectiva realización del resultado típico «muerte»; (ii) que los sujetos cuya conducta se analiza hayan sido garantes, al momento del hecho, respecto de la evitación del respectivo tipo penal; (iii) que su conducta haya generado un riesgo desaprobado ex ante para la vida de las personas; y (iv) que su conducta haya sido causa de la producción del resultado «muerte», en el sentido de teoría de la conditio ajustada a las leyes de la naturaleza.

74 En nuestro medio, Politoff / Matus / Ramírez, ob. cit., PG, p. 181, llegan a la misma conclusión: “Naturalmente, en caso de dudas, ellas deben aprovechar al hechor (in dubio pro reo)”.

Solo una vez que se ha podido verificar todo lo anterior adquiere sentido preguntarse si el riesgo producido por la conducta desaprobada de los imputados es o no el mismo riesgo que se realizó en el resultado típico, en su concreta configuración. Si este juicio de imputación normativa falla, entonces no será posible atribuir la consumación del delito a la persona cuya conducta se analiza, sino solo una hipótesis de frustración.

En este caso, como ya se ha dicho, no existe certeza sobre la efectiva producción del resultado típico. Por lo mismo, no es posible analizar si la conducta de los funcionarios policiales tuvo incidencia causal en la producción del dicho resultado. En tal escenario, tampoco resulta posible analizar si dicha relación –hipotética– de causalidad es o no la explicación prevalente de producción del resultado. En efecto, dado que se desconoce la forma concreta en que pudo haber operado una determinada cadena causal que desembocó en el resultado típico «muerte», no se puede saber el riesgo generado por la conducta de los imputados es o no el mismo que explica de manera prevalente su producción.

Por ejemplo, no sería posible descartar que, en la especie, hayan operado otros cursos causales que hayan complementado o, incluso, adelantado el curso causal introducido por imputados al liberar al señor J. A. V. E. en un sector colindante al Centro de Penitenciario de Alto Hospicio, ubicado en las afueras de dicha comuna.

En razón de todo lo anterior, es que en este caso no puede atribuirse ningún tipo de responsabilidad penal a los imputados por la eventual muerte del señor J. A. V. E., para el caso en que esta se haya efectivamente producido. La misma conclusión vale respecto de un eventual resultado de lesiones.

3.5. Variantes del hecho y sus efectos en el análisis precedente

Para efectos de análisis y en la hipótesis de que pudiera tratarse de hechos controvertidos en un eventual juicio oral, se analizará ahora el caso introduciendo dos variantes fácticas:

a) Que los familiares de J. A. V. E. advirtieron a los imputados que aquel se encontraba en el periodo de crisis de una enfermedad mental.

b) Que al pasar los días sin que el señor J. A. V. E. retornara a su hogar, sus familiares acudieron reiteradamente a las 3ª Comisaría de Alto Hospicio a solicitar información sobre su paradero, ante lo cual los imputados negaron haber practicado la detención.

Dejando a un lado el hecho de que la variante b) carecería de plausibilidad, al menos respecto de las personas que presenciaron la detención cuando ella se produjo, ambas variaciones fácticas son relevantes, pues –en principio– permitirían fundar en el caso sub lite la posición de garante por injerencia de los imputados, así como afirmar la imputación objetiva de su conducta por transgresión del riesgo permitido.

En relación con el primer elemento, se podría afirmar que la acción de liberar en un sitio eriazo a una persona que se encuentra en una crisis propia de una enfermedad mental grave es suficiente para fundar la obligación de evitar las consecuencias potencialmente lesivas de ese proceder. Esto, con independencia de si dicha liberación se produjo o no en un «lugar solitario» o en un contexto con condiciones climáticas adversas para la vida o salud de las personas. En virtud de aquello, podría no existir mayor problema para afirmar la posición de garante por injerencia de los imputados respecto de los riesgos contra la vida o integridad física que pudieron afectar a J. A. V. E. con posterioridad a su liberación.

También se podría afirmar que esta variante permite fundamentar por sí misma una transgresión del riesgo permitido, con independencia de las características de lugar y del contexto en que se produjo la liberación. En efecto, el nuevo relato permitiría afirmar que, desde la perspectiva ex ante de un funcionario policial medio situado, la liberación en un sitio eriazo de una persona que está pasando por una crisis propia de una enfermedad mental grave sí genera un riesgo típicamente relevante para la vida o integridad física de esa persona. Esta conclusión, a su vez, podría verse reforzada si se considera que –conforme a la variante b)–, al haber ocultado el hecho de la detención y posterior liberación durante un cierto lapso de tiempo, los imputados dificultaron o retardaron una acción eficaz de salvamento de la persona liberada, incrementando con ello los riesgos para su vida o integridad física.

Con todo, debe notarse que ninguna de estas alteraciones del hecho originalmente descrito permite atribuir responsabilidad penal a los imputados por la eventual muerte o lesiones que pudo haber sufrido J. A. V. E. con

posterioridad a su liberación. Esto se debe a que las variantes apuntadas no permiten verificar la imputación del resultado típico. En efecto, aun cuando pudiera afirmarse que los imputados eran garantes de la vida o integridad física del señor J. A. V. E. y que con su conducta transgredieron el riesgo permitido en relación con el delito de homicidio o lesiones, de todas formas permanecería el estado de incertidumbre sobre la efectiva producción del resultado típico y su concreta forma de materialización. De este modo, resulta imposible verificar en el caso sub lite la relación de causalidad, tanto en sentido “natural” como “normativo”, entre la conducta desaprobada de los imputados y el resultado típico en su concreta configuración.

IV. Obediencia de órdenes antijurídicas

En las secciones anteriores se ha demostrado que la conducta atribuida a los imputados no es típica respecto del delito de secuestro, que tampoco lo es respecto del delito de detención ilegal, y que la tipicidad en relación con un eventual e hipotético delito de homicidio o lesiones también ha de ser excluida. Por lo tanto, en rigor no tiene sentido pronunciarse sobre la concurrencia en la especie de eventuales causas de justificación o exculpación.

Sin embargo, se nos ha solicitado realizar el ejercicio de asumir que la conducta es típica y antijurídica para el solo efecto de analizar la concurrencia de la eximente de obediencia jerárquica, cuyo régimen legal se encuentra en los artículos 214, 334 y 335 del Código de Justicia Militar (en adelante, “CJM”), a los que se añade en este caso un complemento de rango infralegal en el Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile (art. 7°). Se asumirá entonces, para los efectos de este análisis, que la conducta de los imputados es típica respecto de un eventual cuasidelito de homicidio o lesiones.

Según los hechos descritos en la primera sección de este informe, durante el trayecto y antes de llegar a las dependencias de la 3ª Comisaría de Alto Hospicio, el cabo primero C. V., a cargo de dirigir el procedimiento policial, indicó a los otros funcionarios de la patrulla que no llevarían al detenido a la comisaría o a un centro asistencial, como indica el protocolo policial en estos casos, sino que lo liberarían en un sitio eriazo para que el detenido regresara por sus propios medios –presumiblemente, caminando– a su do-

micilio y así se tranquilizara. Al menos dos de los funcionarios policiales que conformaban la patrulla le representaron al señor C. V. no estar de acuerdo con la orden. Ante ello, el superior jerárquico por orden de antigüedad insistió en la misma orden, por lo que esta fue finalmente ejecutada en la forma en que se impartió.

1. Naturaleza de la eximente

No existe duda en cuanto a que el funcionario militar o policial que ejecuta una orden antijurídica se encuentra exento de responsabilidad penal, si se cumplen las condiciones establecidas en los artículos 214, 334 y 335 CJM. Sin embargo, es llamativa la falta de claridad en los argumentos encaminados a explicar el fundamento de esta exención, materia que Etcheberry llega a calificar como “uno de los temas más debatidos en la teoría del delito”⁷⁵.

Los ensayos de fundamentación son, efectivamente, muy variados⁷⁶, y van desde la idea de ausencia de acción por parte del subordinado hasta la tesis de la causa de exculpación por inexigibilidad de otra conducta, pasando por la obediencia jerárquica como causa de justificación, el error invencible sobre la antijuridicidad del hecho e, incluso, la fórmula de la excusa legal absolutoria.

Entre estas diversas opiniones parece haberse impuesto en la doctrina chilena la tesis que podría denominarse como “solución de la exculpación”. Así se constata, por ejemplo, en el comentario más reciente al Código Penal, que en esta parte se encuentra a cargo de Couso: “El cumplimiento de órdenes impartidas por un superior, por ej., en la jerarquía militar, es causal de justificación, si la orden, no obstante típica, es lícita; las órdenes antijurídicas, en cambio, nunca justifican la conducta, pero pueden exculpar a quien las cumple, bajo ciertas condiciones estrictas, conforme al sistema de obe-

75 Etcheberry, A., Derecho Penal. Parte Especial, III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 2005, I, p. 350.

76 Un exhaustivo análisis de estas diversas explicaciones puede verse en Rivacoba, M., La obediencia jerárquica en el derecho penal, Edeval, Valparaíso, 1969; especialmente detallado también el análisis de Novoa, E., Curso de Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 2010, nn. 251 y ss.; nn. 345 y ss.

diencia reflexiva”⁷⁷. También toman partido decididamente a favor de esta tesis, entre otros, Etcheberry (“la exención de pena por obediencia debida a órdenes ilícitas es un caso más de no exigibilidad de otra conducta”⁷⁸) y Cury (“la eventual impunidad de quien cumple una orden injusta obedece a que en tales hipótesis el inferior se halla en una situación de inexigibilidad”⁷⁹).

Los principales argumentos a favor de la solución de la exculpación son las críticas que se dirigen a la “solución de la justificación”. Según Etcheberry, esta última ni siquiera puede discutirse en el ordenamiento chileno, ya que el artículo 214 CJM deja subsistente la responsabilidad penal del superior, de modo que no sería sostenible que el hecho, cuya valoración por parte del derecho ha de ser unitaria, se encuentre justificado. La exención de responsabilidad penal prevista en la ley, en cambio, es personal y solo beneficia al subordinado. Por otro lado, la solución de la justificación priva al afectado por la conducta delictiva del derecho a la legítima defensa, lo que se considera intolerable desde el punto de vista valorativo. Por último, y desde una perspectiva más bien política, parece inaceptable que el derecho justifique –es decir, apruebe en toda la línea– la ejecución de una orden que consiste en la perpetración de un delito.

En mi opinión, sin embargo, la eximente no dice relación con la exigibilidad de otra conducta, pues no resulta plausible sostener con carácter general que el subordinado ha actuado en una situación de conflicto existencial o de motivos y, cuando ello ocurra, podrá aplicarse la eximente del artículo 10 N° 9 del Código Penal. La idea de inexigibilidad, aplicada a este tipo de situaciones, aparece más bien fuera de lugar y como “puesta de cabeza”. El derecho diría al subordinado y a la sociedad lo siguiente: la ley no puede exigirle al soldado o al carabinero que desobedezca la orden del superior,

77 Couso, J. / Hernández, H. (dirs.), Código Penal Comentado. Parte General. Legal Publishing, Santiago, 2011, pp. 261 y s.; en el mismo sentido cita la SCA Santiago 10.I.2008, Rol N° 13447-2006. El argumento es, sin embargo, circular. Afirmar que “el cumplimiento de órdenes impartidas por un superior (...) es causal de justificación, si la orden, no obstante típica, es lícita”, implica sostener que la conducta está justificada solo cuando se encuentra amparada por legítima defensa, por estado de necesidad o consentimiento del afectado. Pero esto supone precisamente aquello que se debía demostrar, esto es, que el artículo 10 N° 10 CP no se remite a los artículos 214, 334 y 335 CJM.

78 Etcheberry, ob. cit., PG, I, p. 353.

79 Cury, ob. cit., p. 463. Y agrega a continuación que del subordinado “no puede esperarse que se abstenga de cumplir la orden, porque las circunstancias lo presionan de tal manera que el ámbito de su facultad de autodeterminación se encuentra severamente reducido” (p. 464). Igualmente Politoff / Matus / Ramírez, ob. cit., PG, p. 353.

pues para ello tendría que actuar con un heroísmo que no es esperable del hombre común; sin embargo, sí puede exigirle que cometa un grave delito con plena conciencia de que actúa en forma antijurídica, con tal que haya representado la orden al superior, pues cualquier persona habría hecho lo mismo en su lugar. Esta forma de razonar es extraña y, a mi juicio, repugna a la idea de inexigibilidad.

Por el contrario, lo usual será que el subordinado que advierte el carácter antijurídico de la orden –el cual, por lo demás, debe ser “notorio” de acuerdo al artículo 335 CJM– y la ha representado al superior, cumpla la orden sabiéndose amparado por el ordenamiento jurídico y con la convicción de estar cumpliendo su deber. Actúa como lo hace no solo porque el derecho lo autoriza, sino precisamente porque le manda obrar de ese modo. Si no cumpliera la orden porque le repugna su contenido, bien podría venir en consideración la inexigibilidad de otra conducta respecto del delito de insubordinación. Pero quien obedece la orden representada e insistida no hace más que cumplir con su deber. Dicho en otros términos, las reglas de obediencia jerárquica tienen precisamente por objeto evitar o atenuar un posible conflicto de motivos en el subordinado, indicándole claramente qué es lo que debe hacer para cumplir con el mandato del derecho.

En esto radica precisamente el dilema que plantea la obediencia jerárquica. Novoa afirmaba que “el fondo de este conflicto, insoluble o casi insoluble, está en que una ley que hace obligatoria a ciertos individuos su propia transgresión, es una ley contradictoria”⁸⁰. Pero en esta misma afirmación está, a mi juicio, la clave para resolver el dilema. Pues en rigor ocurre que el carabinero se ve enfrentado a dos deberes cuyo cumplimiento simultáneo es imposible. Por un lado debe evitar la realización del tipo penal y, por otro, debe cumplir una orden que le compele a realizarlo. Lo que hacen las citadas reglas sobre obediencia jerárquica es resolver de un modo categórico esta colisión de deberes a favor de la obediencia. No existe un conflicto de motivos, sino una colisión de deberes, que el legislador ha resuelto sin duda alguna a favor de la eficacia del mando, como refleja entre otras la regla del artículo 214, inciso 2º del Código de Justicia Militar.

80 Novoa, ob. cit., I, p. 396.

A diferencia de lo que ocurre con el inferior, el superior no está enfrentado a esta colisión de deberes, y por lo tanto respecto de él no surte efecto la causa de justificación. En consonancia con ello, el mismo artículo 214 establece la responsabilidad exclusiva del superior. La radicalidad de la forma en que el legislador ha regulado este conflicto aparece, no obstante, recién al examinar la situación en que se encuentra el titular de los bienes afectados por la conducta típica. Pues si el subordinado actúa amparado por una causa de justificación, entonces resulta forzoso asumir que no cabe contra él una reacción de defensa legítima.

Sin embargo, el carácter justificado de la conducta del subordinado no excluye en mi opinión la concurrencia de un estado de necesidad defensivo (y, desde luego, no excluye la legítima defensa contra quien impartió la orden)⁸¹. La gracia de las causas de justificación radica, precisamente, en que sus efectos y alcances son variables dependiendo de la índole y peso relativo de los deberes que resultan infringidos⁸². Cuando el que actúa lo hace amparado por una colisión de deberes propia de la obediencia jerárquica, el hecho de que la justificación tenga el alcance restringido que le da la ley y subsista, por ejemplo, la responsabilidad del superior, modula tanto el espectro justificatorio como el ámbito de reacciones permitidas a la persona afectada por la intervención.

En este caso, no puede considerarse que el subordinado que actúa justificado despliega una “agresión ilegítima”, pero su conducta representa un mal actual o inminente para el afectado. Por eso puede actuar en estado de necesidad. Esta solución también se hace cargo de la situación en que se encuentra el subordinado, quien, de lo contrario, no solo estaría obligado por el derecho a cumplir una orden antijurídica, sino también a soportar impávido que el afectado le lesione o le mate al desplegar todo el potencial de la autorización que le confiere el derecho a legítima defensa, incluso para repeler ataques contra intereses meramente instrumentales. La reacción en estado de necesidad, en cambio, está sujeta a un estricto régimen de subsidiariedad y se encuentra regulada en su intensidad por la ponderación

81 Una solución similar para los casos de colisión de deberes equivalentes proponen, entre otros, Cueda Riezu, A., *La colisión de deberes*, Madrid, 1984, pp. 158 y ss., y Gimbernat, E., “El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad”, en él mismo, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1976, pp. 107 y ss.

82 Al respecto véase van Weezel, A., “Necesidad justificante y solidaridad”, en Cárdenas, C. / Ferdman, J. (coords.), *El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 213-229.

de intereses, de modo que solo quedarán justificadas las reacciones que den lugar a un saldo positivo⁸³.

2. Requisitos de la eximente

La focalización del problema de la obediencia jerárquica en una eventual situación de inexigibilidad de otra conducta, es decir, en situaciones excepcionales de conflicto existencial o de motivos en la persona del subordinado –situaciones que, por cierto, también pueden verificarse–, conduce a perder de vista que el régimen general de la obediencia jerárquica en el Código de Justicia Militar es bastante más simple y no se encuentra sujeto a consideraciones de exigibilidad de ninguna clase: el subordinado debe obedecer las órdenes del superior, también cuando la ejecución de la orden podría conllevar la realización de una conducta penalmente típica. El juego entre los artículos 334 y 214 CJM no deja lugar a dudas al respecto:

Art. 334. Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de sus atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior.

El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio.

En el artículo 214 CJM, la ley se pone explícitamente en el caso de que el subordinado haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio:

Art. 214. Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable.

La situación es equivalente a aquella en que se encuentran los funcionarios policiales respecto de las órdenes que les imparten los fiscales

83 La medida en que debe preponderar lo positivo en el saldo final depende de una serie de factores; una tabla demostrativa de estos factores puede consultarse en van Weezel, A., "Necesidad justificante y solidaridad", ob. cit., p. 221.

y los jueces. En una regulación que resulta además particularmente pertinente en la especie debido a la clase de bienes jurídicos que pueden resultar afectados, señala el artículo 80 inciso 3° del Código Procesal Penal que los funcionarios policiales “deberán cumplir de inmediato y sin más trámite las órdenes que les impartieren los fiscales y los jueces, cuya procedencia, conveniencia y oportunidad no podrán calificar”. La ley solo reconoce una excepción relativa en la “imposibilidad” de cumplir la orden (artículo 82 del Código Procesal Penal). Los jueces y los fiscales judiciales están sujetos a un régimen análogo en el artículo 226 del Código Penal⁸⁴.

Por lo tanto, lo primero que es necesario clarificar en cuanto a los requisitos de la eximente, es que ella consta de una regla general y de diversas reglas particulares o excepciones, como la del concierto previo (artículo 214, inciso 1°, segunda parte CJM), o la del exceso en la ejecución de la orden (artículo 214, inciso 2° CJM).

La regla general es la siguiente: conforme al inciso primero, primera parte, del artículo 214 CJM, siempre que la ejecución de la orden del superior conlleva la comisión de un delito, el único responsable de tal delito será el superior jerárquico. Respecto de esta regla general de justificación para el subordinado hace excepción el artículo 335 CJM: en aquellos casos puntuales en que la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito o se ha de temer con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, el subordinado tiene el deber de representar la orden al superior si quiere eximirse de responsabilidad; si no lo hace, y de todos modos cumple la orden, será castigado por tal delito, aunque con una pena atenuada. Este régimen excepcional da lugar a lo que se suele denominar como “obediencia reflexiva”.

Por lo tanto, cuando la orden no tiende notoriamente a la perpetración de un delito, el subordinado simplemente tiene que obedecerla, y quedará exento

84 Art. 226.- En las mismas penas incurrirán cuando no cumplan las órdenes que legalmente se les comuniquen por las autoridades superiores competentes, a menos de ser evidentemente contrarias a las leyes, o que haya motivo fundado para dudar de su autenticidad, o que aparezca que se han obtenido por engaño o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever. En estos casos el tribunal, suspendiendo el cumplimiento de la orden, representará inmediatamente a la autoridad superior las razones de la suspensión, y si ésta insistiere, le dará cumplimiento, librándose así de responsabilidad, que recaerá sobre el que la mandó cumplir.

de responsabilidad conforme a los artículos 214 y 334 CJM –una colisión de deberes resuelta expresamente en la ley– y, si se quiere, por esos dos preceptos en relación con el artículo 10 N° 10 del Código Penal⁸⁵.

La doctrina penal se ha concentrado, por razones comprensibles pero que deben ser despejadas para entender cabalmente la institución, en la estructura de la eximente de obediencia jerárquica en aquellos casos en que la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito, es decir, en las hipótesis de obediencia reflexiva. Para estos casos excepcionales –y también aquellos en que se teme con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever–, siguiendo en parte la exhaustiva enumeración de Cury, los requisitos de la eximente de responsabilidad penal son los siguientes⁸⁶:

- Debe existir una “orden relativa al servicio”, lo que ha de interpretarse en el sentido de que debe impartirse “en el contexto del servicio”.
- La orden debe encuadrarse al menos formalmente dentro de las “atribuciones legítimas” del superior. Como es lógico, esta expresión debe interpretarse formalmente, pues, en el fondo, nunca pertenecerá a las atribuciones legítimas del superior la facultad de ordenar la comisión de delitos.
- La orden debe tender notoriamente a la perpetración de un delito, o ha de temerse con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever.
- El subordinado debe conocer que la ejecución de la orden importa lo señalado en el punto anterior.

85 En el mismo sentido Mañalich, J.P., “Miedo insuperable y obediencia jerárquica”, en Revista de Derecho, Vol. XXI (2008), pp. 61 y ss. (p. 71), quien considera la obediencia jerárquica como un caso especialmente reglado de la causa de justificación “cumplimiento de un deber”, del artículo 10 N° 10 CP. En contra, Cury, ob. cit., p. 383 y, aparentemente, Etcheberry, ob. cit., PG, I, p. 243, para quienes el art. 10 N° 10 CP solo considera los casos en que la misma ley impone un deber específico, como el del verdugo de dar muerte al condenado, o el del testigo de decir la verdad aunque resulte injuriosa para alguna persona, o el del médico de denunciar un posible envenenamiento aunque con ello revele hechos sujetos a secreto médico, etc.

86 Cury, ob. cit., pp. 465 y ss. El artículo 7° del Reglamento de Disciplina de Carabineros exige, como requisito adicional, que la orden representada sea insistida por escrito por parte del superior. Sin embargo, estimamos que esta exigencia reglamentaria no puede restringir la eficacia de una causa de justificación establecida en la ley; por otro lado, requisito parece incompatible con la realidad de la mayor parte de los procedimientos policiales y, desde luego, con el de la especie.

- El subordinado no debe obrar coaccionado.
- El subordinado debe haber representado la orden, con independencia de cuáles fueran sus motivos para hacerlo⁸⁷. Si no lo hace, será responsable del delito, pero se le impondrá la pena inferior en un grado.
- El superior debe haber insistido en la orden⁸⁸.
- El subordinado tiene que haber cumplido la orden tal como se impartió; si se excede en el cumplimiento, en cambio, se le castiga con la pena del delito que haya cometido, rebajada en un grado⁸⁹.

3. Aplicación al caso concreto

Si se entendiera –erróneamente– que en el caso sub lite la orden tendría notoriamente a la perpetración de un delito, o había de temerse con razón que de su ejecución resultaren graves males que el superior no pudo prever, entonces se habrían cumplido en la especie todos los requisitos para eximir de responsabilidad a los subordinados que la representaron a su superior: se trataba de una orden impartida en el contexto del servicio, en el marco de las atribuciones formales del superior, no hubo coacción, los subordinados representaron la orden y, tras la insistencia, la ejecutaron en la forma en que fue impartida.

Sin embargo, a mi juicio en la especie no se trata de una situación excepcional de aquellas que regula el artículo 335 CJM, sino de la hipótesis más básica de obediencia jerárquica que resulta del juego entre los artículos 334 y 214 CJM, pues entiendo que en este caso la orden no tendría notoriamente a la perpetración de un delito, ni se había de temer con razón que de su

87 Esta exigencia excluye los casos de intervención delictiva, como la coautoría entre el superior y el subordinado, a la cual alude el artículo 214 CJM cuando se refiere al "concierto previo" entre ambos.

88 En el Reglamento de Disciplina de Carabineros se agrega de un modo poco claro que la insistencia debe constar por escrito. Sin embargo, no es posible restringir por vía reglamentaria una exigencia legalmente configurada. Además, dicho requisito es completamente disfuncional y ajeno a la realidad.

89 Esta regla, contenida en el art. 214 inciso 2° CJM, demuestra hasta qué punto para el legislador resulta prioritario resguardar la eficacia del mando en las instituciones armadas, otorgando una atenuante al subordinado incluso cuando se excede en la ejecución de una orden que importa la notoria comisión de un delito.

ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever. En efecto, el contenido de la orden de la cual aquí se trata es liberar al detenido en un sitio eriazado pero próximo a un centro poblado y a caminos públicos para que este regrese por sus propios medios –presumiblemente, caminando– a su domicilio, y así se tranquilice. Incluso asumiendo que esta conducta entrañe la creación imprudente de un riesgo desaprobado para la vida o la salud del detenido, la conclusión ha de ser la misma, pues la actuación imprudente es, por definición, una en la que no se “tiende notoriamente a la perpetración de un delito” ni se “teme con razón” que de la ejecución de la conducta va a resultar un grave mal, pues en ambas hipótesis, según la doctrina mayoritaria, tal conducta sería dolosa⁹⁰.

La orden de liberar al detenido en las condiciones señaladas podía representar para los subordinados el incumplimiento de los reglamentos y protocolos que los funcionarios de Carabineros deben cumplir en estos casos, pero no la comisión de un delito –menos aún, la “notoria” comisión de un delito–, como exige el artículo 335 CJM para que el inferior esté facultado para suspender el cumplimiento de la orden o, en casos urgentes, modificarla. Lo mismo vale para el justo temor de que la ejecución de la orden pueda acarrear graves males que el superior no ha podido prever.

Por lo tanto, y asumiendo solo para efectos de este análisis que los hechos descritos son constitutivos de delito, la conducta de los carabineros que representaron la orden al señor C. V. se encuentra justificada por los artículos 214 y 334 CJM, en relación con el artículo 10 N° 10 del Código Penal, pues, al no verificarse los presupuestos del artículo 335 CJM, los carabineros ni siquiera tenían derecho a representar la orden al superior. El único responsable será el superior jerárquico, y lo será desde un principio, con independencia incluso de que los carabineros bajo su mando –yendo más allá de su deber; recte: contraviniendo sus obligaciones– le hayan representado la orden en cuestión.

90 Véase, por ejemplo, Etcheberry, ob. cit., PG, I, p. 298; en el mismo sentido, la SCS 28.X.2003, rol N° 3021-2001, c. 7°.

4. Atenuante de eximente incompleta

La circunstancia eximente del artículo 10 N° 10 CP contiene una remisión amplia a todas las posiciones jurídicas a las que el ordenamiento jurídico asocia un mandato o una autorización legal para desplegar una conducta que podría ser típica. Una de estas posiciones jurídicas es la de subordinación en los términos del Código de Justicia Militar, y los artículos 214, 334 y 335 de dicho código establecen el régimen de justificación para quien, cumpliendo una orden superior, realiza una conducta típica.

Por su parte, el artículo 11 N° 1 CP contempla la circunstancia atenuante de eximente incompleta, que favorece a quienes se encuentran en una situación que en principio permitiría la aplicación de una eximente, pero donde la ausencia de alguno de sus presupuestos secundarios obsta a dicha aplicación. En el caso que la circunstancia eximente que nos ocupa, por ejemplo, el subordinado cumple la orden del superior, pero lo hace de un modo levemente distinto respecto de lo ordenado. El artículo 214 CJM regula solo el caso en que esta ejecución de la orden constituye un exceso, y dispone al efecto una atenuación en un grado, pero bien podría ocurrir que la divergencia no diera lugar a una ejecución excesiva. En tal caso podría operar la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 1.

En la especie, según se ha desarrollado, opera la causa de justificación en su forma más simple y no hay antecedentes para suponer que falte alguno de sus requisitos. Pero si alguno de ellos faltara, con excepción de la obediencia a la orden superior –que siempre debe estar presente–, no se aprecia inconveniente alguno para reconocer la concurrencia de la atenuante⁹¹.

La aplicación del artículo 73 CP resultaría también perfectamente posible si se entendiera que la orden tendía notoriamente a la perpetración de un delito, o había de temerse con razón que de su ejecución resultaren graves

91 Como es sabido, la doctrina y la jurisprudencia aceptan sin inconvenientes la aplicación de la atenuante respecto de todas las eximentes, sea que contemplen requisitos enumerados expresamente, sea que ellas admitan división o gradación intelectual o moral: cfr. Couso, J. / Hernández, H. (dirs.), Código Penal Comentado. Parte General, Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 284, con ulteriores referencias.

males que el superior no pudo prever⁹². En tal caso, es posible identificar con facilidad “requisitos” conceptualmente separables. Este ejercicio resulta más complejo en el caso de la justificante simple que constituye la regla general y resulta del juego entre los artículos 334 y 214 inciso 1° CJM. Pero tal como demuestra el ejemplo anterior sobre el modo de ejecución de la orden, también en este caso es posible formular “requisitos” con el fin de establecer si concurren o no en su mayor parte.

V. Conclusiones

Del análisis precedente es posible extraer las siguientes conclusiones:

1. Los hechos expuestos en la primera sección de este informe no son subsumibles bajo el tipo penal de secuestro calificado del artículo 141 del Código Penal, ya que la detención fue practicada por funcionarios policiales en cumplimiento de sus funciones. Tales funcionarios no solo se encuentran autorizados, sino que están obligados por la ley a detener en casos de flagrancia.
2. No se verifican en la especie los presupuestos fácticos y valorativos que la Corte Suprema ha considerado para extender la figura del secuestro a agentes del Estado que, actuando como tales, han realizado privaciones ilegítimas de libertad que pueden considerarse como desapariciones forzadas de personas.
3. Los hechos analizados tampoco resultan subsumibles bajo la figura típica del artículo 148 del Código Penal, por tratarse de una privación de libertad que se realizó mediando causa legal (flagrancia); que además no obedeció a un obrar arbitrario de los funcionarios policiales y que, sin lugar a dudas, se encuentra en conexión con el legítimo sistema de privación de libertad en el ordenamiento chileno.

92 A diferencia de lo que ocurre con la aplicación de la atenuante respecto de las eximentes que solo admiten división o gradación intelectual o moral, que se acepta en forma prácticamente unánime, existe algo más de discusión sobre la aplicación del artículo 73 del Código Penal a las circunstancias que carecen de requisitos enumerados en la ley. A favor se pronuncian, sin embargo, Garrido Montt, ob. cit., I, p. 186; Politoff / Matus / Ramírez, ob. cit., PG, p. 506; Couso, J. / Hernández, H. (dirs.), Código Penal, ob. cit., p. 286.

4. La jurisprudencia ha establecido que la ilegalidad y arbitrariedad típicas deben concurrir en el momento en el cual se practica la detención. Esto se debe a que las circunstancias que determinan la ilegalidad o la arbitrariedad sobreviniente no pueden modificar en forma retroactiva la detención ya practicada, sino que solo pueden dar lugar a un hecho nuevo. El régimen penal de este nuevo hecho dependerá de sus propiedades relevantes. Así, por ejemplo, si el funcionario decide que no presentará al detenido ante la autoridad, como le exige la ley, esta circunstancia únicamente adquirirá relevancia penal una vez transcurrido el plazo legal de la detención.

5. Tampoco podría una detención lícita convertirse en ilícita por el hecho de que se desconozca el paradero del detenido cuya liberación, sin embargo, puede tenerse por acreditada. En efecto, no existe en nuestra legislación un tipo penal que sancione la privación de libertad sin dar razón del paradero de la víctima, figura que sí se contempla en otras legislaciones. Significativamente, el delito se encontraba y se encuentra previsto en el código punitivo español –sin que haya sido incluido en nuestra legislación–, donde además representa una figura controvertida, tildada como “delito de sospecha”, que colisionaría con la presunción de inocencia y con el derecho a no autoincriminarse.

6. Con independencia de lo anterior, también se vio que la liberación del señor J. A. V. E., en las condiciones en que se produjo, no permite atribuir a los imputados un eventual delito de resultado contra su vida o integridad física.

7. Desde el punto de vista del derecho procesal, dicha atribución no es posible ya por la consideración de que el hecho atribuido por el Ministerio Público en la formalización no incorpora elementos básicos de los tipos penales de homicidio ni de lesiones. De acuerdo a una parte de la jurisprudencia nacional, este defecto no podría ser subsanado válidamente en este estadio de la investigación, pues una modificación del objeto del proceso en este sentido afectaría sustancialmente el derecho de defensa de los imputados.

8. Por otro lado, las barreras que impone el principio de inocencia en el contexto de un juicio oral también impedirían en el caso sub lite una atribución exitosa de responsabilidad penal por un eventual delito de lesiones u homicidio. En efecto, la aplicación del principio en su dimensión de regla probatoria y regla de juicio, debiera llevar al tribunal a confirmar en este caso el estado jurídico de inocencia de los imputados por los referidos delitos. En particular, de la

ausencia de una persona durante un lapso prolongado de tiempo, no es posible concluir unívocamente su muerte, pues existen múltiples hipótesis alternativas que podrían explicar dicha ausencia con el mismo grado de verosimilitud. Sobre todo, sin embargo, resultará imposible descartar que dicha ausencia se explique por la intervención de terceros por cuya conducta los imputados no están obligados jurídico-penalmente a responder.

9. Desde la perspectiva del derecho penal sustantivo, tampoco es posible atribuir a los imputados la realización del tipo objetivo de los delitos de lesiones u homicidio. En primer lugar porque no es posible establecer, en relación a tales delitos, una posición de garante de los imputados y una transgresión del riesgo permitido al momento de la liberación de J. A. V. E.. Y, en segundo lugar, porque la falta de elementos que den cuenta de la efectiva producción del resultado típico de esos delitos, así como de su concreta forma de materialización, impiden en todo caso la atribución causal y normativa del mismo a una conducta desplegada por los imputados.

10. Que eventualmente los familiares del señor J. A. V. E. hayan advertido a los imputados de la condición médica del detenido, y que los funcionarios se hayan negado durante un tiempo a reconocer su detención y posterior liberación, solo permitiría fundamentar su posición de garante y afirmar la imputación objetiva de su conducta por transgresión del riesgo permitido. Pero, en tal escenario, igualmente sería imposible verificar la imputación objetiva del resultado. En efecto, tampoco estas variantes suprimen la falta de acreditación del resultado típico, así como de su concreta forma de materialización. Por lo mismo, no es posible comprobar la relación causalidad “natural” y “normativa” que debe existir entre la conducta de los imputados y el resultado típico en su concreta configuración.

11. En síntesis, las conclusiones anteriores demuestran que el hecho atribuido por el Ministerio Público a los imputados es atípico respecto de los delitos de secuestro, detención ilegal, homicidio y lesiones.

12. Sin perjuicio de lo anterior, se analizó también la aplicabilidad de la eximente de obediencia jerárquica que contempla el Código de Justicia Militar, ya que al menos dos de los imputados representaron a quien estaba a cargo del procedimiento la orden de liberar al señor J. A. V. E. en un sector colindante al Centro Penitenciario de Alto Hospicio, para que aquel regresara a su domicilio por sus propios medios –presumiblemente, caminando.

13. Luego de revisar las distintas posiciones sobre la naturaleza jurídica de la eximente de obediencia jerárquica contenida en el Código de Justicia Militar, se concluye que ella opera respecto del subordinado como una regla categórica de resolución de una colisión de deberes.

14. Así, la regla general de operación de la eximente resulta de la coordinación de los artículos 214 y 334 CJM con el artículo 10 N° 10 CP. En virtud de tales disposiciones, el subordinado, por regla general, estará exento de responsabilidad penal cada vez que ejecuta las órdenes de su superior, aun en aquellos casos en que por el cumplimiento de dicha orden ejecute una conducta típica. En tales casos, la ley considera como único responsable al superior jerárquico que impartió la orden respectiva.

15. Esta regla general reconoce situaciones de excepción contenidas en el art. 335 CJM. En aquellos casos excepcionales en que la orden del superior tienda notoriamente a la perpetración de un delito o se ha de temer con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, el inferior tiene el deber de representar dicha orden al superior para poder eximirse de responsabilidad penal. Si no lo hace, y de todas formas ejecuta la orden, entonces será responsable del delito que cometa, aunque se le aplicará una pena atenuada.

Los requisitos para que el subordinado pueda eximirse de responsabilidad penal en estos casos excepcionales han sido enumerados y elaborados por la doctrina nacional.

16. En la especie, la orden de liberar al detenido en las condiciones señaladas podía representar para los subordinados el incumplimiento de los reglamentos y protocolos que los funcionarios de Carabineros deben cumplir en estos casos, pero no la notoria comisión de un delito, como exige el artículo 335 CJM para que el inferior esté facultado para suspender el cumplimiento de la orden o, en casos urgentes, modificarla. Lo mismo vale para el justo temor de que la ejecución de la orden pueda acarrear graves males que el superior no ha podido prever. Por estas razones, los subordinados no tenían siquiera la facultad legal de representar la orden a su superior y estaban obligados a darle cumplimiento.

17. Pero, aun si se entendiera –erróneamente– que en el caso sub lite la orden de liberar al señor J. A. V. E. tendía notoriamente a la perpetración

de un delito, o había de temerse con razón que de su ejecución resultaren graves males que el superior no pudo prever, entonces igualmente se habrían cumplido en la especie todos los requisitos para eximir de responsabilidad a los subordinados, pues se trataba de una orden impartida en el contexto del servicio, en el marco de las atribuciones formales del superior, no hubo coacción, los subordinados representaron la orden y, tras la insistencia, la ejecutaron en la forma en que fue impartida.

18. Por último, si se considerara que en el caso sub lite no se cumplen todos los requisitos de los artículos 224 y 334 CJM, en relación con el artículo 10 N° 10 CP, para eximir de responsabilidad penal a los imputados que representaron a su superior la orden de liberar al señor J. A. V. E., aquellos igualmente podrían verse beneficiados por la atenuante de eximente incompleta que contempla el artículo 11 N° 1 CP. Además, en este caso también podría aplicarse el artículo 73 CP.

INFORMES EN DERECHO



Centro de Documentación Defensoría Penal Pública
www.dpp.cl