



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

**DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS
DEFENSORÍA NACIONAL
Compilación de consultas destacadas del año 2020
N°1/ febrero/2021**

Claudia Castelletti Font
Carlos Verdejo Galleguillos
Francisco García Manzor
Sandra Haro Colome

Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

Consulte sobre este documento a:
estudios@defensoriapenal.cl

Contenido

1. GIRO DOLOSO DE CHEQUES Y REEMPENDIMIENTO, RESPONSABILIDAD BAJO LA LEY 20.720 (C01-2020).....	3
2. REAPERTURA DE LA INVESTIGACIÓN, PLAZO RAZONABLE Y EXCLUSIÓN DE PRUEBA (C02-2020).....	10
3. DEFENSA PENAL RELATIVA AL ART. 318 DEL CÓDIGO PENAL (C03-2020)	17
4. EXCLUSIÓN DE PRUEBA, VALOR JURÍDICO DEL EXPEDIENTE CANÓNICO EN EL PROCESO PENAL (C04-2020)	28
5. PORTE DE BOMBA MOLOTOV, PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y CONSUNCIÓN INVERSA (C05-2020)	38
6. DELITOS DE ODIO Y DISCRIMINACIÓN, AGRAVANTE DEL 12 N° 21 CP ESTABLECIDA POR LA LEY 20.609 (C06-2020).....	47



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

1. GIRO DOLOSO DE CHEQUES Y REEMPENDIMIENTO, RESPONSABILIDAD BAJO LA LEY 20.720 (C01-2020)¹

Tengo una causa por giro doloso de cheques de acción privada. El querellado era el gerente y uno de los representantes legales de la Clínica del Maule de Talca.

La Clínica frente a su situación de endeudamiento y mora, presentó apertura de procedimiento de apertura de acuerdo a ley 20.720, la que se proveyó con fecha 31 de julio de 2018.

La querrela por giro doloso fue presentada de 7.11.2018 y fue notificada en agosto de 2019.

¿Qué efectos produce la nueva ley de reempendimiento en la acción penal?

- Fecha del giro del o los cheques; 9.4.18.
- Fecha del protesto del o los cheques: 8.6.19.
- Fecha en que se verificó el tercer día contado desde la notificación del o los cheques, sin que se hayan consignado fondos para su pago: se notificó el protesto el día 19.7.18 y el tercer día fue el 23.7.18.
- Fecha de la resolución de reorganización (o similar), dictada de conformidad a la ley 20.720: 31.7.189.
- Fecha de la presentación de la querrela ante garantía: 7.11.18.
- Fecha de la notificación de la querrela al imputado. El querellado aparece en una audiencia con su abogado particular de la época el día 6.9.19, sin que haya constancia antes de habersele notificado.

Aportar cualquier otro dato que estimes de interés.

Respuesta:

El delito de giro doloso o fraudulento de cheque, es un delito complejo, pues importa la ocurrencia de dos etapas.

La primera etapa comprende la ocurrencia de cualquiera de las hipótesis del inciso 2° del Art. 22 de la Ley de cuentas corrientes bancarias y cheques, esto es: a) girar cheques sin contar previamente con fondos; b) retirar los fondos disponibles después de expedido el cheque, o revocar el cheque por causales distintas de las señaladas en el artículo 26; o c) girar sobre cuenta cerrada o no existente. Producida una de estas situaciones, el banco librado debe protestar el cheque, en otras

¹ Disponible en Lexdefensor en <https://decisia.lexum.com/dppc/cj/es/item/135698/index.do>.

palabras, consignar la falta de pago en el reverso del cheque o en una hoja de prolongación y la razón que produjo el protesto. Se trata de una etapa que requiere una acción consistente en el giro de un cheque en alguna de las hipótesis del Art. 22 de la citada Ley.

Una vez ocurrido el protesto, comienza la segunda etapa, en la que el tenedor debe notificar judicialmente el hecho del protesto al librador, quien tiene tres días hábiles para consignar en el tribunal fondos suficientes para atender el pago del cheque, de los intereses corrientes y de las costas judiciales. Transcurrido el plazo, es decir, si el girador no consigna, se consumaría el delito².

La doctrina y la jurisprudencia se dividen entre consideran que esta última etapa es una condición objetiva de punibilidad y quienes no lo consideran así. La principal consecuencia es que “las condiciones objetivas de punibilidad no forman parte del tipo...y no necesitan ser abarcadas por el dolo del agente³”. Ello tiene relevancia para determinar cuál es el momento en que se consuma el delito y, consecuentemente, si las posibilidades del imputado de disponer de sus bienes para consignar el monto del mismo dentro de los tres días siguientes a la notificación del protesto, tiene relevancia penal.

Por otra parte, bajo la antigua legislación sobre quiebra, no existía duda alguna de que su declaración producía el desasimio del fallido (art. 64 antigua ley de quiebras) lo que generaba el efecto inmediato de que, una vez pronunciada la declaración de quiebra, el fallido quedaba inhibido de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes, salvo aquellos que sean inembargables y la administración de que es privado el fallido pasaba de derecho al síndico. Incluso más, conforme al antiguo Art. 219 N° 1 se presumía culpable la quiebra si el deudor paga a un acreedor en perjuicio de los demás, después de la cesación de pagos.

Así lo había reconocido explícitamente la jurisprudencia. Así, “10º.– *Pues bien, en el caso sub lite la situación jurídica que se presenta en relación al requisito anteriormente anotado, es según advierte esta Corte, que **el procesado, en virtud de la declaratoria de quiebra a que también se ha hecho referencia, se encontraba absolutamente imposibilitado de efectuar la consignación a que obliga la Ley de Cuentas Corrientes, pues había perdido la administración de sus bienes en virtud de la expresada quiebra,** y aun así, de hacerlo habría*

² ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal. Parte especial*, T. III, Santiago, 1997, pp. 448-450; SILVA SILVA, Hernán, *El delito de giro doloso de cheques ante la doctrina y la jurisprudencia*⁴, T. I, pp. 85-91.

³ CURY URZÚA, Enrique; *Derecho Penal; Parte General*; Octava Edición; pág. 349.

*incurrido en un caso de presunción de quiebra fraudulenta (pagar a un acreedor en perjuicio de otro).^{11º}– Que sobre la materia, finalmente, cabe hacer constar que la Excm. Corte Suprema ha resuelto en este sentido, asentando “que **notificados los cheques protestados al fallido, y el no pago en el plazo legal de tres días contados desde que se le notificó el protesto, no cabe atribuirle responsabilidad penal por haber omitido dicho pago, ya que esta responsabilidad deriva del incumplimiento de la obligación civil de pagar dentro de plazo legal, lo cual estaba civilmente prohibido por la quiebra**⁴”. En el caso transcrito, la Corte concluye que concurre respecto del acusado la eximente contemplada en el N° 12 del artículo 10 del Código Penal, que dispone que están exentos de responsabilidad penal “El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable.*

En nuestra opinión, la dictación de la Ley 20.720, la situación descrita no se ha alterado sustancialmente. En efecto, el artículo 130 de esta ley señala: “*Artículo 130.- Administración de bienes. Desde la dictación de la Resolución de Liquidación se producirán los siguientes efectos en relación al Deudor y a sus bienes: 1) Quedará inhibido de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes, esto es, aquellos sujetos al Procedimiento Concursal de Liquidación y existentes en su patrimonio a la época de la dictación de esta resolución, excluidos aquellos que la ley declare inembargables. Su administración pasará de pleno derecho al Liquidador. En consecuencia, serán nulos los actos y contratos posteriores que el Deudor ejecute o celebre en relación a estos bienes*”.

Y en materia penal se sanciona con presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo a quien, en la dirección o administración de los negocios del deudor, sometido a un procedimiento concursal, después de la resolución de liquidación, realizare actos de disposición de bienes de su patrimonio, reales o simulados, o constituyere prenda, hipoteca u otro gravamen sobre los mismos (arts. 463 bis N° 3 con relación al art. 463 quáter Código Penal).

Sin embargo, la situación que se consulta parece diferir de las situaciones planteadas precedentemente. En efecto, según los datos aportados, la secuencia sería la siguiente:

- El cheque fue girado el 09 de abril de 2018
- El cheque fue protestado el 08 de junio de 2018
- El protesto del cheque fue notificado el 19 de julio de 2018

⁴ Rol 6105-2007 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

El plazo de tres días para consignar los fondos del cheque protestado fue el 23 de julio de 2018.

La resolución de reorganización dictada conforme a la Ley 20.720 es de fecha 31 de julio de 2018.

La querrela por giro doloso de cheque fue presentada el 07 de noviembre de 2018. Siendo esta la secuencia, no parece que el imputado pueda eximirse de responsabilidad argumentando que no tenía la disposición de los bienes del deudor (Clínica) y le era inexigible realizar la conducta de consignar los fondos necesarios dentro del tercer día siguiente a la notificación del protesto, ya que dicho plazo venció el 23 de julio de 2018 y el imputado tuvo la administración de los bienes del deudor, al menos, hasta el 31 de julio de 2018.

Más aún, existe jurisprudencia con la Ley 20.720 vigente que parece extremar esta conclusión. Así, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia ha dicho que *"el delito de giro doloso de cheques -conforme al artículo 22 de la Ley de Cheques- se configura por el hecho de girar un cheque sin fondos o créditos disponibles en cuenta corriente en poder del banco librado al momento del cobro del mismo, lo que origina que éste sea protestado por falta de fondos o cuenta cerrada o inexistente, lo que aconteció, en la especie, cuando fueron presentados a cobro ambos cheques y protestados por falta de fondos. **La notificación judicial de protesto de cheques en el domicilio que el girador tenga registrado en el banco y el transcurso del plazo de tres días hábiles para consignar en la cuenta corriente del tribunal el monto del cheque**, los intereses corrientes y las costas judiciales que se hayan ocasionado, **es sólo un requisito de procesabilidad, sin que esta diligencia forme parte del tipo penal, ya que el artículo 22 inciso 1º de la Ley precitada establece que** "El librador deberá tener de antemano fondos o créditos disponibles suficientes en cuenta corriente en poder del banco librado", por lo que el ánimo defraudatorio que exige dicha disposición se da desde el momento mismo que el librador del cheque lo ha girado sin tener de antemano esos fondos o créditos disponibles. **En consecuencia, consignar fondos dentro de los tres días siguientes a la fecha de la notificación del protesto del cheque sólo configura una causal de exculpación que impide la acción**. Dicha interpretación se ve reforzada por el artículo 22 inciso 8º, que establece que el pago del cheque, con sus intereses corrientes y costas judiciales, configura una causal que permite sobreseer definitivamente la causa penal. **En el caso de autos, a la fecha del cobro y protesto de los cheques sí se encontraba vigente la Ley de Quiebras, pero la quiebra no se encontraba declarada, ya que esto sólo ocurrió con posterioridad, razón por la cual el delito de giro doloso de cheques se perpetró antes de la fecha de declaratoria de quiebra del querellado**, siendo el pago del cheque -dentro del plazo de tercer día de notificado el protesto de cheque- sólo*

una causal de exculpación y una causal de sobreseimiento definitivo en caso que se pague fuera de dicho plazo⁵”.

En el mismo sentido, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto⁶ que “de conformidad a lo previsto en el artículo 10 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, el cheque es una orden escrita y girada contra un Banco para que éste pague, a su presentación, el todo o parte de los fondos que el librador pueda disponer en cuenta corriente, de modo que **no corresponde que el querellado deje en "suspense", como se expresa en la sentencia en cuestión, el pago de los mismos por las razones expresadas**, los cuales, una vez presentados a cobro fueron protestados por falta de fondos... **El librador deberá tener de antemano fondos o créditos disponibles suficientes en cuenta corriente en poder del Banco librado**. El librador que girare sin este requisito o retirare los fondos disponibles después de expedido el cheque, o girare sobre cuenta cerrada o no existente, o revocare el cheque por causales distintas a las señaladas en el artículo 26, y que no consignare fondos suficientes para atender al pago del cheque, de los intereses corrientes y de las costas judiciales, dentro del plazo de tres días contados desde la fecha en que se le notifique el protesto, será sancionado...”. Al no entenderlo así el sentenciador incurrió en una errónea aplicación del derecho, pues vulneró, al dejarlos sin aplicación, lo dispuesto en los artículos 10, 11, 13 y 22 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, no siendo válidos los argumentos que expone para su absolución, infracción que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo⁷”.

La jurisprudencia ha ido más allá, ya que ha sostenido que, incluso si el proceso concursal se ha iniciado con anterioridad a la notificación judicial del protesto del cheque, y dado que la responsabilidad personal es personal, y no de la persona jurídica, la persona natural girador del cheque, tiene la obligación personal de consignar los fondos requeridos para cubrir el cheque girado a nombre de la persona jurídica, aunque ya no disponga de la administración de los bienes de tal persona jurídica. La parte pertinente del fallo señala: “CUARTO: Que conforme estatuye el artículo 58 del Código Procesal Penal, **la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales, en razón de lo cual, "por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare"**; QUINTO: Que, así las cosas, **si bien es efectivo que la Ley 20.720, que Sustituye el Régimen**

⁵ Corte de Apelaciones de Valdivia; Rol 1-2016.

⁶ Con el voto concurrente del ministro Manuel Valderrama, actual miembro titular de la Sala Penal de la Corte Suprema.

⁷ Corte de Apelaciones de Santiago; Rol 3.754-2014.

Concursal Vigente por una Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, establece que luego de dictada la Resolución de Liquidación quedará el deudor inhibido de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes, la cual corresponderá desde ese mismo momento al Liquidador, es menester considerar que tal incapacidad de disposición de bienes no alcanza al patrimonio de la persona natural que debe responder penalmente por un eventual delito de giro doloso de cheques; SEXTO: Que luego de lo dicho, lo cierto es que al afirmar la sentenciadora del fondo, que habiéndose declarado judicialmente la liquidación voluntaria de l... Limitada persona jurídica libradora de los cheques, con anterioridad a la época de la notificación judicial de los respectivos protestos a don Cristián, resultaba justificada su actitud omisiva de no haber consignado los fondos dentro de tercero día , por una causal exculpatoria, al hallarse éste impedido del pago por una causa legítima o insuperable, precisamente por encontrarse a esa fecha inhibido de la administración de los bienes de la empresa, incurrió efectivamente en una errónea aplicación de los artículos 22 del D.F.L. 707, sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, 130 N° 1 de la Ley 20.720 y 10 N° 12 del Código Penal, que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Como ha señalado reiteradamente nuestra jurisprudencia, **afirmar que la declaración de quiebra hoy de liquidación voluntaria constituye en la práctica, una exigente de responsabilidad penal para el autor de un delito de giro fraudulento de cheque, equivale a autorizar a aquél a que se despreocupe dolosamente de cumplir con sus obligaciones, para luego de obtenido a su propio requerimiento dicho pronunciamiento judicial, conseguir impunidad**⁸.

Obviamente, no coincidimos con la doctrina sostenida en el fallo transcrito. Sostener que el girador del cheque, quien lo hace a nombre de una persona jurídica, debidamente mandatado para ello, debe cubrir el importe de dicho cheque con su patrimonio personal, como única manera de evitar su responsabilidad penal equivale, en la práctica a vulnerar el principio establecido por el artículo 58 del Código Procesal Penal e imponer una obligación insostenible a este imputado. Más aún, si se trata de un gerente u otro empleado (no propietario) que ostenta la administración de la persona jurídica en virtud de un contrato de trabajo y le son aplicables los principios de la legislación laboral a esa relación, no se ve cómo pueda sostenerse que forme parte de las obligaciones que dicha relación laboral impone al empleado, que éste deba responder con su patrimonio personal por las deudas de la persona jurídica.

⁸ Corte de Apelaciones de Santiago; Rol 1.180-2016.

En conclusión, en cuanto a la consulta formulada, dada la secuencia de hechos establecida en el caso en comento, y la jurisprudencia que se ha venido asentando en nuestras Cortes, no parece que la ley 20.720 pueda configurar algún tipo de causal de exclusión de la responsabilidad para el imputado.



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

2. REAPERTURA DE LA INVESTIGACIÓN, PLAZO RAZONABLE Y EXCLUSIÓN DE PRUEBA ([C02-2020](#))¹

Consulto si existen casos similares en que se excluya prueba del MP por no estar comprendida dentro de las diligencias de la investigación que motivo la reapertura de la investigación, siendo incorporada esta prueba en la respectiva acusación.

Para efectos de un eventual alegato ante la CA de Valdivia atendida la exclusión obtenida.

Tendrás algún fallo donde se pronuncien acerca de la siguiente hipótesis. En una causa re-apertura da a solicitud de la querellante, se incorpora un medio de prueba que no estaba dentro de los que motivaron la reapertura pero que, si había sido solicitado en tiempo por la fiscalía, pero que no había llegado cuando aperebimos del cierre originalmente.

Quiero pedir exclusión porque a mi juicio a pesar de que el Art. 257 no lo dice expresamente, toda esa norma dice relación con una situación excepcional y las diligencias que se pueden hacer y por tanto los medios de prueba que se pueden incluir en la carpeta en ese plazo son solo aquellos que motivaron la reapertura.

Respuesta:

Tal como se señaló en la Consulta N° 18-2011², el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, también conocido como derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ha sido definido como “un derecho subjetivo constitucional, que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte de un procedimiento penal, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a tutela”³.

La prohibición de seguir adelante con el proceso es la garantía del derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Cuando estos límites son superados en un caso concreto, queda revocada la autorización con que cuenta el Estado para perseguir penalmente (principio de descalificación procesal del Estado)⁴.

¹ Disponible en Lexdefensor en <https://decisia.lexum.com/dppc/cj/es/item/486471/index.do>

² Disponible en Lexdefensor en <https://decisia.lexum.com/dppc/cj/es/item/135698/index.do>.

³ HORVITZ Y LÓPEZ, citando a GIMENO SENDRA. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, p. 72.

⁴ PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Ad-Hoc, p. 451.

En grandes líneas, esto significa que cuando el proceso penal vence su plazo razonable de duración se produce la pérdida de la facultad estatal de perseguir en el caso concreto, como en todo caso de violación de una garantía de los derechos fundamentales (principio de descalificación procesal del Estado) con el efecto de obstaculizar toda posibilidad de continuación o renovación de la persecución penal por ese hecho (impedimento procesal).

Sabido es que el Código Procesal Penal chileno, a fin de cautelar el principio a ser juzgado dentro de un plazo razonable, dispuso, a través de los artículos 234 y 247, que la investigación formalizada tuviera un límite temporal. En virtud del primer artículo mencionado, el juez de garantía podrá fijar un plazo para el cierre de la investigación, el que en todo caso no podrá ser superior a los dos años conforme prescribe el inciso primero del segundo de los artículos nombrados⁵.

Sin duda alguna que en la norma del art. 257 del CPP está también en juego la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable⁶.

El artículo 257 señala *“Reapertura de la investigación. Dentro de los diez días siguientes al cierre de la investigación, los intervinientes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado.*

Si el juez de garantía acogiere la solicitud, ordenará al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo que le fijará. Podrá el fiscal, en dicho plazo y por una sola vez, solicitar ampliación del mismo plazo.

El juez no decretará ni renovará aquellas diligencias que en su oportunidad se hubieren ordenado a petición de los intervinientes y no se hubieren cumplido por negligencia o hecho imputable a los mismos, ni tampoco las que fueren manifiestamente impertinentes, las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios ni, en general, todas aquellas que hubieren sido solicitadas con fines puramente dilatorios.

⁵ Defensoría penal Pública. Consulta Jurídicas, Doctrina - Consultas. Reapertura de la investigación y plazo razonable. CONSULTA (18) 2011. Santiago : s.n., 2011.
<https://decisia.lexum.com/dppc/cj/es/item/135698/index.do>

⁶ Horvitz y López plantean que con el art. 257 CPP “(...) el legislador quiso dejar sentado el principio de que sólo en casos muy excepcionales se otorga la posibilidad al órgano de persecución penal de prolongar la etapa de investigación preparatoria, pues se encuentra en juego el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable”. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, p. 578.

Vencido el plazo o su ampliación, o aun antes de ello se si hubieren cumplido las diligencias, el fiscal cerrará nuevamente la investigación y procederá en la forma señalada en el artículo 248.”

Si se aprecia con atención la norma transcrita, se puede colegir plausiblemente que la reapertura de la investigación procede en casos muy excepcionales y no le está permitido al fiscal del ministerio público investigar todo lo que desee. Al contrario, solo podrá dar cumplimiento a las diligencias en virtud de la cuales el juez de garantía autorizó la reapertura. Por tanto, no se trata de una nueva etapa de investigación, o, mejor dicho, no estamos ante una investigación regida por los plazos de los artículos 234 o 247. La diferencia de ambos estatutos es evidente. En efecto, cuando el fiscal formaliza la investigación se abre un período de investigación judicializada en que el fiscal no recibe autorización del juez para investigar, ya que investiga en virtud de las potestades autónomas constitucionales y legales que le otorgan el art. 83 de la Constitución y los arts. 3, 77 y 166 y siguientes del CPP, eso sí, con los límites temporales establecidos en los artículos 234 y 247 del código señalado. Pero cuando el fiscal investiga en el contexto del art. 257 lo hace con autorización del juez, de forma que pierde su potestad autónoma, y el exceso de duración del procedimiento ya no constituye un mero incumplimiento administrativo, sino que configura el incumplimiento de un mandato específico. Es por estas razones que la sanción del exceso en la tramitación del procedimiento no puede operar de igual manera en ambos casos⁷.

Si se lee el último inciso del art. 257, se puede ver que está redactado en forma distinta a lo preceptuado en el inciso primero del artículo 247 o en la parte final del art. 234, que regulan los plazos de investigación legal y judicial, respectivamente. El inciso final del art. 257 se señala “*Vencido el plazo o su ampliación, o aun antes de ello se si hubieren cumplido las diligencias, el fiscal cerrará nuevamente la investigación y procederá en la forma señalada en el artículo 248*”. Mientras que en el inciso primero del artículo 247 se dispone “*Plazo para declarar el cierre de la investigación. Transcurrido el plazo de dos años desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada, el fiscal deberá proceder a cerrarla*” y en la parte final del art. 234 “*(...) al vencimiento del cual se producirán los efectos del artículo 247*”⁸.

⁷ Defensoría penal Pública. Consulta Jurídicas, Doctrina - Consultas. Reapertura de la investigación y plazo razonable. CONSULTA (18) 2011. Santiago: s.n., 2011.
<https://decisia.lexum.com/dppc/cj/es/item/135698/index.do>

⁸ Defensoría penal Pública. Consulta Jurídicas, Doctrina - Consultas. Reapertura de la investigación y plazo razonable. CONSULTA (18) 2011. Santiago: s.n., 2011.
<https://decisia.lexum.com/dppc/cj/es/item/135698/index.do>

Así entonces, mientras los artículos 247 y 234 remiten al apercibimiento judicial del art. 247 para que opere el sobreseimiento definitivo, el art. 257 ordena al fiscal cerrar inmediatamente la investigación una vez que hubiere vencido el plazo o su ampliación, o aun antes de ello se si hubieren cumplido las diligencias, y proceder conforme al artículo 248. En consecuencia, el plazo del artículo 257 CPP no es un plazo de investigación como el regulado en los artículos 234 y 247, sino que una autorización judicial especial para investigar o, mejor dicho, para practicar determinadas diligencias peticionadas por los intervinientes y no realizadas durante la etapa de instrucción.

Establecida la naturaleza jurídica de la reapertura de la investigación de que trata el artículo 257 del C.P.P., cabe plantearse directamente las cuestiones propias de la consulta.

En primer lugar, cabe preguntarse qué ocurre cuando algún elemento de prueba ofrecido por el fiscal, como tal, en su acusación, ha arribado a la carpeta de investigación fiscal con posterioridad al vencimiento del plazo. Esta hipótesis supone que tal elemento probatorio ha sido descubierto y/o requerido dentro del plazo de investigación, pero se ha integrado a la investigación con posterioridad a su vencimiento, ya que, si el requerimiento del fiscal para obtener ese medio probatorio se hubiere efectuado una vez declarado el cierre de la investigación, hablaríamos derechamente de una diligencia decretada de manera extemporánea. El ejemplo clásico de la situación que se describe es el informe acerca de la naturaleza de la droga que, normalmente, debe elaborar el ISP para causas de la Ley 20.000, y cuya evacuación demora, normalmente un tiempo considerable.

Si el informe del ISP no ha arribado dentro del plazo de investigación, ¿Qué debe hacer un fiscal? Debe pedir ampliación del plazo de investigación y fundamentar, en la audiencia respectiva, su necesidad en que el informe del ISP no ha arribado. Pero la concesión de mayor plazo no es automática. El defensor y el juez deberán cuestionar si el plazo originalmente fijado ha sido prudente, si el fiscal ha sido diligente pidiendo cuenta al ISP del informe, etc. Si el fiscal no lo ha sido, el juez puede rechazar el aumento y si el defensor ha solicitado el cierre, rechazado el aumento, el juez puede apercibir al fiscal a cerra la investigación. Y si se ha cerrado la investigación y el informe del ISP llega con posterioridad, no se podría incorporar dicho elemento probatorio como prueba en el juicio oral.

En definitiva, se puede afirmar que ha precluido la oportunidad que el Estado, a través de la actividad del Ministerio Público, tiene para reunir prueba en contra de un sujeto, de manera tal que si hay algo que no "entró" en el plazo establecido por la ley o por el juez, precluyó la oportunidad de incorporarse en la instancia procesal que corresponda, más aún si el fiscal tuvo la oportunidad para solicitar ampliación de plazo y no se hizo, o si, habiéndolo solicitado, el tribunal no tuvo por fundada su petición o estimo que la actividad del fiscal no había sido diligente y, por ende, no se justificaba ("el fiscal no se había ganado) una ampliación del plazo de investigación.

Encontramos, al menos, un fallo de Corte de Apelaciones que confirma esta tesis. Se trata de la causa Rol 1471-2006 de la Corte de San Miguel⁹ que dispuso "1° *Que en la causa Rol Corte 1471-2006, RUC 0600373832-7, RIT 2024-2006, la señora Fiscal Adjunto de la Fiscalía Metropolitana Sur, Fiscalía Especializada en Delitos Antinarcóticos, Crimen Organizado, Delitos Económicos y Funcionarios, dedujo recurso de apelación fundado en el artículo 370, letra b) del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 149, debiendo haber sido en relación con el artículo 277, ambos del mismo cuerpo legal y en contra de la resolución dictada en audiencia del día 13 de diciembre pasado, mediante la cual el tribunal a quo ordenó la exclusión de la prueba pericial del Ministerio Público consistente en el reservado N° 6362-2006 de fecha 6 de noviembre de 2006 adjunto al cual se encuentra el correspondiente protocolo de análisis y el informe sobre tráfico y acción de la cocaína en el organismo y de la declaración del perito don Boris Duffau Garrido quien estuvo a cargo de la elaboración del citado protocolo por ser ambos extemporáneos, alegando la recurrente que el tribunal recurrido debe enmarcar la declaración de exclusión de las pruebas que deben rendirse en la respectiva audiencia de juicio oral dentro de las causales taxativamente señaladas por la ley, en tanto que el tribunal a quo fundó su extemporaneidad en el ya referido informe y en el entendido de estar dando cumplimiento a lo ordenado por el artículo 276 del cuerpo legal ya citado. 2° **Que de los antecedentes analizados se desprende que el citado protocolo de análisis del Instituto de Salud Pública y el informe sobre tráfico y acción de la cocaína en el organismo, agregada la declaración del perito ya individualizado se allegaron a la causa con fecha 6 de noviembre de 2006, esto es, en fecha posterior al cierre de la investigación, circunstancia que se produjo el 26 de octubre del mismo año.** 3° Que también aparece de los ya indicados antecedentes que el referido protocolo de análisis fue solicitado por el Ministerio Público con fecha 24 de julio de 2006 y que no se hizo uso de la facultad contemplada en el artículo 257 del cuerpo legal ya indicado, esto es solicitar ampliación de plazo de la investigación, como pudo haber ocurrido en la especie. 4°*

⁹ Disponible en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/137949/index.do>.

Que aun cuando el Ministerio Público solicitó los medios de prueba solicitados dentro del término de la investigación, la elaboración y producción de los mismos lo han sido fuera de dicho plazo, por lo que no tienen un respaldo jurídico para ser considerado válidos para ser rendidos en un juicio oral. 5° Que atendido lo razonado precedentemente esta Corte, concordando con los fundamentos del Tribunal a quo, es de parecer de confirmar la sentencia en alzada. Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 352 y siguientes del Código Procesal Penal, SE CONFIRMA la resolución dictada en la audiencia del día trece de diciembre de dos mil seis por el 12° Juzgado de Garantía de Santiago”.

Ahora bien, la siguiente cuestión a dilucidar es si, en un proceso que se ha reabierto a petición de uno de los intervinientes (querellante, en este caso) para la realización de diligencias determinadas,

¿puede utilizarse legítimamente como medio de prueba un elemento incorporado a la carpeta fiscal durante la vigencia de esa ampliación de plazo y que sea diferente de las diligencias autorizadas por el juez en la resolución que decretó la reapertura?

Si, como hemos concluido más arriba, el plazo del artículo 257 CPP no es un plazo de investigación como el regulado en los artículos 234 y 247, sino que una autorización judicial especial para investigar o, mejor dicho, para practicar determinadas diligencias peticionadas por los intervinientes y no realizadas durante la etapa de instrucción, entonces la respuesta negativa a la pregunta formulada es evidente.

En efecto, si la reapertura de la investigación decretada conforme al artículo 257 C.P.P. es una autorización judicial especial para investigar determinadas diligencias durante un plazo perentorio, bajo el control del tribunal, entonces, inevitablemente, aquellas diligencias y elementos de prueba que está fuera del ámbito de lo autorizado por el tribunal, no pueden incorporarse a la investigación durante el plazo de la reapertura y, menos aún, utilizarse como elementos de cargo en un futuro juicio oral.

Y, recordando el argumento de la preclusión, se puede afirmar que, cuando hay reapertura de la investigación conforme a la norma del artículo 257 del C.P.P., en verdad, el plazo de investigación está vencido salvo para los casos y diligencias que expresamente ordenó el tribunal en la resolución que dispuso la reapertura, por lo que cualquier cuestión adicional, está precluida.

Aunque no se pronuncia directamente sobre la hipótesis planteada en esta consulta, pensamos que el fallo de la Corte de Rancagua en la causa 8-2013¹⁰ confirma la

¹⁰ Disponible en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/140363/index.do?q=8-2013>.

tesis de que la reapertura de la investigación decretada conforme al artículo 257 del C.P.P. es un mandato del juez al fiscal, que el fiscal está obligado a cumplir y no puede desconocer. Dice, en lo pertinente el fallo que *“en efecto; si el artículo 257 del Código Procesal Penal dispone que si se reabre la investigación el juez “ordenará al fiscal” proceder al cumplimiento de las diligencias de que se trate, esto implica necesariamente que puede volver a pedirse la reapertura si la indagación se cierra nuevamente sin cumplir aquello que el juez ha ordenado, ya que de lo contrario la orden no sería tal, pues no importaría ningún deber para el Ministerio Público. Lo que ocurre, en suma, es que el Ministerio Público, ante la orden del juez, queda impedido de cerrar la indagación hasta que no cumpla íntegramente aquella. De lo contrario, le bastaría al persecutor dejar pasar el plazo que se haya fijado, sin realizar diligencia alguna, para burlar la orden del juez y su propio deber, hipótesis que resulta inaceptable Es un plazo que tiene por preciso objeto obligarle a actuar diligentemente, y que, una vez extinguido, permite a quien haya obtenido la reapertura, reclamar el efectivo cumplimiento, si no se ha completado la obligación, sin perjuicio de las responsabilidades que pueda, además, acarrear para el fiscal renuente Desde luego que si la indagación fue reabierta esas actuaciones fueron en ese momento ordenadas; pero, como antes se dijo, si con ello bastare para no poder insistir en que se cumplan, **el deber que impone el artículo 257 citado al Ministerio Público sería puramente ilusorio. Puesto que tal hipótesis se estrella con el tenor literal del referido artículo, que no dice que el juez recomendará o sugerirá, sino que ordenará al fiscal proceder al cumplimiento de las diligencias, no cabe otra posibilidad sino entender que la negativa de decretarlas o la falta de pronunciamiento al respecto se refiere a la investigación original, y no a lo dispuesto al reabirla**”.*

Como se ve, frente a una situación diferente (renuencia del fiscal a cumplir con las diligencias ordenadas por el juez con ocasión de la reapertura) la tesis de la Corte – que compartimos – es que ya no es el fiscal el que decide qué puede hacer y qué puede no hacer durante este plazo de reapertura (el del 257 del C.P.P.), sino que el mandato judicial prevalece.

Y si prevalece frente a la renuencia del fiscal a cumplir lo ordenado, también debe prevalecer en cuanto a los límites que el juez ha establecido en esta extensión de plazo: sólo aquellas diligencias que el juez ha ordenado (y ninguna otra) son las que se pueden desarrollar.

3. DEFENSA PENAL RELATIVA AL ART. 318 DEL CÓDIGO PENAL (C03-2020)¹

Consulta: Les cuento que hemos tenido casos de 318 CP y estamos preparando algunas fórmulas de defensa.

¿Por ello, me pueden enviar fallos de ICA sobre art. 316 y 318 del CP?

Respuesta:

Esta respuesta recoge aportes de diversos documentos e ideas que han elaborado o discutido integrantes de la Defensoría Penal Pública, como la Unidad de Estudios de la Región del Biobío, a través del abogado Jaime Pacheco, la Unidad de Estudios de la Defensoría Regional Metropolitana Norte, a través del abogado Washington Fernández y la Unidad de Estudios de la Región de O'Higgins.

Normas penales involucradas:

Artículo 316: El que diseminare gérmenes patógenos con el propósito de producir una enfermedad, será penado con presidio mayor en su grado mínimo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

Artículo 317: Si a consecuencia de cualquiera de los delitos señalados en los cuatro artículos precedentes, se produjere la muerte o enfermedad grave de alguna persona, las penas corporales se elevarán en uno o dos grados, según la naturaleza y número de tales consecuencias, y la multa podrá elevarse hasta el doble del máximo señalado en cada caso.

Si alguno de tales hechos punibles se cometiere por imprudencia temeraria o por mera negligencia con infracción de los reglamentos respectivos, las penas serán de presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales.

Artículo 318: El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales.

Artículo 496: Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales:

¹ Disponible en Lexdefensor en <https://decisia.lexum.com/dppc/cj/es/item/471294/index.do> .

1.º El que faltare a la obediencia debida a la autoridad dejando de cumplir las órdenes particulares que ésta le diere, en todos aquellos casos en que la desobediencia no tenga señalada mayor pena por este Código o por leyes especiales.

Consideraciones generales y bien jurídico protegido:

Sobre los tipos penales transcritos, lo primero es que se deben tener en cuenta algunas consideraciones generales de derecho penal.

En términos generales en derecho penal no resulta suficiente basta con que una acción sea formalmente subsumible en el tipo penal y se haya descartado la concurrencia de causales de justificación, sino que, para afirmar la antijuridicidad material de un hecho, el juez deberá evaluar en el caso concreto sometido a su conocimiento, si efectivamente dicha conducta ha puesto en peligro o lesionado al bien jurídico.

Además, el principio de protección de bienes jurídicos debe ser conjugado con los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad, en virtud de los cuales se limita o selecciona el ámbito de lo punible. En consecuencia, si bien la tutela penal se fundamenta en la protección de bienes jurídicos de suficiente importancia social, resulta imprescindible que las conductas descritas en el tipo penal y la sanción correlativa se sustenten en estos principios que apuntan a una sanción penal acorde a un derecho penal de acto y, en consecuencia, que la sanción sea adecuada a la conducta del agente. No debemos olvidar que en los tipos penales que se analizan, el bien protegido, por excelencia, es la salud pública.

En ese sentido, lo primero que debemos señalar es que dicho supuesto y el nexo causal entre la conducta base y el resultado será de muy difícil prueba judicial y que, dado que esta corresponderá al persecutor, no siempre se podrá acreditar más allá de toda duda razonable el lugar, momento y vector que produjo el contagio de una persona, por lo que la norma no siempre podrá tener aplicación.

El bien jurídico por los tipos penales en análisis es la salud pública, entendida como el estado general de bienestar o normalidad fisiológica y psicológica de la población o como el conjunto de condiciones positivas y negativas que posibilitan el bienestar de las personas. La Corte Suprema, en sentencia de 27 de octubre de 1970, la define como la salud o vida de un número indeterminado de individuos que, en su esencia, se caracteriza por el peligro común o colectivo que ello representa. Y si se recurre a la historia del artículo 318 del CP, se aprecia que en ella se concibe como la salud general de los ciudadanos, en tanto bien social o estado en que un pueblo ejerce normalmente sus funciones orgánicas, sin atender a si un bien jurídico individual ha sido concretamente afectado.

Análisis de la norma del artículo 316 del Código Penal:

Elemento subjetivo:

Ahora bien, entrando en un análisis más riguroso de los tipos penales, el **artículo 316** sanciona al que disemina gérmenes patógenos "con el propósito de producir una enfermedad". Sea que esta exigencia se entienda como un elemento subjetivo de lo injusto, en sentido de entender que el autor debe buscar una finalidad a lograr, más allá de la mera comisión de la conducta delictiva, sea que se entienda que estamos en presencia de una conducta que requiere dolo directo y no admite dolo eventual (al menos, para aplicar la penalidad que contempla el artículo 316), lo cierto es que el acusador debe acreditar más allá de toda duda razonable que el agente quería, deseaba, buscaba diseminar los gérmenes. Si ello no se acredita, no habrá delito del artículo 316. El mismo comentario es válido para analizar la agravación por el resultado que contempla el **inciso primero del artículo 317** (*si, a consecuencia de delito señalado en el 316, se produce...*).

Sujeto activo

En este punto, hay que hacerse cargo de la situación de las personas que son detenidas en vulneración de la cuarentena y que no están contagiados con COVID 19 o, al menos, no sabían que eran portadores de la enfermedad al momento de vulnerar la cuarentena. En definitiva, se trata de personas que no son objeto de la medida de aislamiento, sino que sólo de cuarentena.

En nuestra opinión, estas personas no pueden ser sujetos activos del delito del 316 porque no pueden "*diseminar gérmenes patógenos*" dado que no son portadores. En el peor de los casos podría "*adquirirlos*" andando en la calle, pero diseminarlos, en ninguna circunstancia, salvo que se crea que al adquirirlos los pueda diseminar en su casa, a posteriori, a quienes vivan con ella, pero la literalidad de la norma parece que no permite esta conclusión, porque debe tratarse de una diseminación a causa directa e inmediata de haber incumplido la orden de la autoridad. En definitiva, si el sujeto no es portador del COVID 19 al momento de incumplir la cuarentena, no hay delito del artículo 316 del Código Penal.

La redacción del tipo penal libera también al sujeto que está en la duda. Pensamos en el sujeto que tuvo algunos síntomas como tos, mucosidad, algo de fiebre, fue a hacerse la prueba COVID 19 y, estando a la espera de los resultados, vulnera la cuarentena, sin saber si tiene, o no, COVID 19. Si el resultado de la prueba es negativo, estará en la misma situación del no portador, pero, aunque su prueba de resultados positivos, dado que el tipo penal del 316 exige dolo directo, no podría cometer ese delito, ya que sólo habría obrado con dolo eventual.

Distinta puede ser la situación de aquellas personas infectadas con COVID 19, que han estado en contacto estrecho con una persona con COVID 19 u otro sujeto que debe cumplir la medida de aislamiento dispuesta de conformidad a lo dispuesto en la Resolución Exenta N° 203 de 24 de marzo de 2020, del Ministerio de Salud publicada en el Diario Oficial el 25 de marzo de 2020², particularmente a quienes caen en el acápite IV de tal Resolución “Aislamientos o Cuarentenas a personas determinadas”.

En efecto, en estos casos podría sostenerse que hay pleno conocimiento de que el sujeto activo está infectado con COVID 19 (o, al menos, que debe cumplir la medida de aislamiento) y que, a pesar de ser un caso del acápite IV, vulneró tal medida y, consecuentemente, diseminó gérmenes patógenos.

Desde luego, hay que reiterar que si, finalmente, la prueba da negativo para COVID 19 y se trataba de una persona “sospechosa”, que había estado en “contacto estrecho”, pero nunca tuvo COVID 19, debe ser excluido del tipo penal del 316. Resta sólo la situación del portador activo de COVID 19 que quebrantó su aislamiento. Sin embargo, pensamos que el tipo penal exige más para que se dé lugar a una sentencia condenatoria.

Conducta:

En efecto, para configurarse el 316 debe ser posible que “disemine”, lo que de acuerdo con la RAE es “esparcir” (en su única acepción), y a su vez “esparcir” es, o bien “extender lo que está junto o amontonado”, o bien “divulgar o extender una noticia”. Si se examinan ambas acepciones, la conducta descrita es una acción destinada a que los gérmenes se distribuyan en más personas. No está de más recordar en esta parte que la diseminación se hace con el propósito de producir una enfermedad. De esta forma, una mera acción de incumplimiento de la orden sanitaria puede no dar origen a más contagios si la acción del sujeto no lo permite, como por ejemplo sale a pasear a un bosque solitario, o a un despoblado. La desobediencia del sujeto debe permitir más contagios, lo que debe ser acreditado por el fiscal. Más aún, si el propósito con el cual el sujeto infectado y notificado de COVID 19 actúa no es producir una enfermedad, no habrá delito del 316. Es el caso típico del infectado que concurre al supermercado porque se agotaron sus provisiones o de los muchos infectados que deben salir a ejercer el comercio ambulante u otra actividad, simplemente porque requieren generar ingresos para el sustento diario, ya que no cuentan con otros medios. Con las prevenciones efectuadas, estas dos disposiciones (316 y 317 inc. 1) tienen en común que basta la conducta de “diseminación” (con dolo directo) de los gérmenes patógenos, para

² <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2020/03/25/42614/01/1744907.pdf>.

que el delito y su agravación se cometan. Vale decir, no se requiere que se verifique o acredite que una persona específica ha sido contagiada por el agente.

El tipo culposo del artículo 317 inciso segundo:

Sin embargo, el **artículo 317 inciso segundo** permite (en teoría) sancionar la conducta del 316 cuando se “cometiere por imprudencia temeraria o por mera negligencia con infracción de los reglamentos respectivos”.

Ha sido la Corte Suprema la que ha establecido la correcta naturaleza de esta figura culposa, su alcance y posible limitación. En efecto, a propósito del delito del artículo 315 del Código Penal, de la posibilidad de su comisión por omisión y de la expresión “a sabiendas” que dicha disposición contiene, la Corte señaló que *“El artículo 317 del Código Penal inicia su párrafo primero diciendo “Si a consecuencia de cualquiera de los delitos señalados en los cuatro artículos precedentes...” por lo que claramente está establecido en relación a dichos cuatro preceptos. Luego, el inciso segundo del artículo 317 que es el cuestionado por la recurrente, reza “Si alguno de tales hechos punibles se cometiere por imprudencia temeraria o por mera negligencia con infracción de los reglamentos respectivos, las penas...” Como se advierte, **nuevamente la referencia es íntegra a tales hechos punibles por lo que no es posible afirmar, como pretende el Ministerio Público, que se trate de tipos penales distintos. Por el contrario, la figura base es la misma, y sólo se ha hecho la diferencia con la sanción que se aplica en caso que tal conducta sea cometida en forma negligente.** A su turno, el artículo 315 inciso segundo del Código Penal sanciona a quien “efectuare otras adulteraciones en dichas sustancias destinadas al consumo público, de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo apreciable de sus propiedades alimenticias, y el que a sabiendas las vendiere o distribuyere”. Los jueces declararon que la intervención de O.... y C... en el periodo culposo era activa: en la comercialización del producto a través de su venta y exportación, respectivamente. Esa actividad la sanciona el artículo 315 del Código Penal en su inciso segundo, en cuanto se realiza “a sabiendas”, esto es, con dolo directo ... Acto seguido, el análisis que el tribunal hace es correcto, en cuanto de cara a los verbos rectores del tipo en estudio, “adulterar”, “vender” y “distribuir”, concluye que claramente ellos implican conductas activas no susceptibles de ser realizadas por omisión y luego se sostiene que atendido el hecho que ese precepto tampoco está construido en relación a un resultado, no es posible en relación a ese extremo, levantar la tesis de que sea cometido por omisión. A lo anterior, no es menor agregar que **para algunos autores el solo hecho que la figura base exija la comisión “a sabiendas” excluye la figura culposa genérica del artículo 317 inciso segundo, y con ello cae también la posibilidad que sea cometida por omisión.** (En ese sentido Alfredo Etcheberry,*

*Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV. Editorial Jurídica, Tercera Edición. P.291)*³”.

A partir de lo expuesto por la Corte Suprema a propósito del artículo 315, cabe preguntarse si tales conclusiones pueden aplicarse a la norma del artículo 316 cuando el germen patógeno diseminado con el propósito de producir una enfermedad es el COVID 19.

Desde luego, la observación que efectúa la Corte Suprema, siguiendo a Etcheberry, en orden a que, si la figura base exige dolo directo, ello basta para excluir la figura culposa genérica del artículo 317 inciso segundo, nos parece que se aplica plenamente a la figura típica del 316, ya que se exige que la diseminación del germen patógeno sea hecha con el propósito de producir una enfermedad, lo que en nuestro concepto implica la exigencia de dolo directo.

En efecto, no se ve cómo podría darse una situación en que un sujeto diseminara gérmenes patógenos **“con el propósito de producir una enfermedad”** y, al mismo tiempo, la haya hecho **“por imprudencia temeraria o por mera negligencia”** y, adicionalmente, se haya incurrido en tal imprudencia o negligencia, **“con infracción de los reglamentos respectivos”**. En consecuencia, el tipo culposo del artículo 317 inciso segundo no parece ser aplicable al tipo penal del 316.

Análisis del tipo penal del artículo 318 del Código Penal:

Bien jurídico protegido y naturaleza del delito:

En cuanto al **tipo penal del 318 del Código Penal**, cabe señalar que el bien jurídico protegido sigue siendo la salud pública, pero parece que su afectación debe ser entendida con relación a la salud individual de un número indeterminadamente grande de personas. Para algunos se trataría de un delito de peligro concreto (Politoff, Matus y Ramírez; Etcheberry) y, consecuencia de ello, es que la persona que vulnera las normas de higiene debe estar en condiciones de poner en peligro el bien jurídico protegido, es decir, se debe acreditar la existencia efectiva del peligro que se trata de evitar (posibilidad de contagio). Para otros, se trata de un peligro abstracto (Hernández) ya que la salud que debe poner en peligro no es la salud de nadie en particular por lo que no puede acreditarse su puesta en peligro más allá de la prueba de la peligrosidad general de la conducta.

Ahora bien, si vinculamos este análisis con el principio de lesividad, se podrían ofrecer buenos argumentos para entender que los delitos de peligro abstracto simplemente deben excluirse del ordenamiento jurídico penal. *“Ya Von Hippel nos advertía que deben preferirse los delitos de peligro concreto sobre los de peligro*

³ Corte Suprema; Rol 6.831-2012. <https://decisia.lexum.com/dppc/cs/es/item/137175/index.do>

abstracto. Anteriormente Binding había denunciado que en los delitos de peligro abstracto existe una presunción de derecho de la peligrosidad del comportamiento, de suerte que un gran número de hechos no delictivos terminaría incluido en el ámbito de lo delictivo. En estos casos, se presumiría justamente la base misma sobre la que se estructura el injusto, esto es, su antijuridicidad material. Exigir la realidad del peligro, su prueba en el caso enjuiciado implica requerir algo tan elemental como la seguridad de que la acción ha podido conducir al resultado dañoso cuya evitación ha tenido en mira el legislador. Si esta certeza no se alcanza, la acción debe quedar excluida de lo punible. En su artículo sobre los delitos de peligro -Revista de Ciencias Penales 1969- Bustos y Politoff, a la par que reconocen la omnipotencia del legislador para configurar conductas delictivas, razonan con lógica irrefutable, que, si el fundamento de la punibilidad en los delitos de peligro es el peligro, no se pueden castigar delitos de peligro sin peligro. En cuanto el peligro pertenece al núcleo del tipo y es por ende fundante de la ilicitud, ninguna interpretación puede prescindir de verificar su presencia. Finalizan su artículo señalando que los delitos de peligro son siempre delitos de resultado, es decir, requieren de una situación peligrosa efectiva y rechazando la noción de los delitos de peligro abstracto, que se fundan solamente en un desvalor de acción⁴.

Dicho lo anterior, Etcheberry apunta a una expresión que contiene el artículo 318, que resulta crucial para entender correctamente su naturaleza. Recordemos que, en la estructura de los delitos de lesión y peligro concreto, el riesgo forma parte del tipo, a diferencia de los delitos de peligro abstracto. En este contexto, Etcheberry recuerda que el tipo del 318 exige, de manera expresa, la concurrencia de un riesgo, riesgo que forma parte de su tipo y, por tanto, debe necesariamente verificarse y ser cubierto por la culpabilidad, ello porque la norma señala a la letra “*el que pusiere en peligro...*”, lo que lleva al citado autor a categorizar a este delito como de peligro concreto.

Sujeto activo:

Ahora bien, si asumimos que el tipo penal del 318 es un delito de peligro concreto, el sujeto activo de este delito se debería restringir a quienes infringen la medida sanitaria de aislamiento individual a que les obliga el acápite IV de la Resolución Exenta N° 203 de 24 de marzo de 2020, del Ministerio de Salud, pero aún, dentro de ese restringido grupo de posibles sujetos activos, habría que excluir a quienes – finalmente – no han resultado ser portadores de COVID 19, como sería el caso de quien estaba en aislamiento por haber estado en contacto estrecho con alguien que

⁴ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos; “La relevancia del bien jurídico protegido en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema”; Revista de Ciencias Penales; Volumen XLIII, N° 4, 2016.

tenía COVID 19, pero que, finalmente, tras hacerse los respectivos test, resultó no estar contagiado.

En consecuencia, el sujeto activo del delito del artículo 318 sólo podría ser alguien confirmadamente contagiado de COVID 19 y que se encuentra afecto a la medida de aislamiento social conforme a la Resolución exenta 203.

Exigencia de dolo:

El tipo penal admite tanto dolo directo como dolo eventual, pero se excluye la culpa, ello por la ubicación y el texto del artículo 317 inciso segundo del Código Penal.

Conducta:

La conducta típica consiste en infringir alguna regla higiénica o de salubridad, debidamente publicada por la autoridad en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio y, por esta infracción, poner el peligro la salud pública.

Se trata de un delito de mera actividad, ya que, en su descripción típica, no se exige la concreción de un resultado en relación causal con la conducta que le precede, de manera tal que no admite frustración, consumándose con la mera realización completa de la acción incriminada.

La conducta debe verificarse en tiempos de catástrofe, epidemia o contagio. Los vocablos catástrofe y contagio, al no estar definidos por la ley, hemos de considerarlos en su sentido natural y obvio, conforme al uso habitual de estas palabras, siendo la RAE un punto de referencia. Para la RAE, catástrofe es un suceso que produce gran destrucción o daño, que puede ser provocada por el hombre o la naturaleza; contagio es acción y efecto de contagiar o contagiarse y contagiar, en dichos de esta autoridad lingüística, es transmitir una enfermedad a alguien. En cambio, el vocablo epidemia se encuentra descrito en el artículo 55 del Código Sanitario, conforme al cual lo será la extensión de un foco infeccioso o su multiplicación y foco infeccioso es para dicha norma, el núcleo activo o latente o agentes patógenos en un medio apto para su supervivencia, multiplicación y transmisión, que puede propagar enfermedades infecciosas.

Ley penal en blanco y consecuencias:

En este punto, es indispensable señalar que estamos en presencia de una ley penal en blanco, ya que para complementar o determinar la conducta sancionada por el tipo penal del artículo 318 del Código Penal, se debe acudir a un acto de carácter administrativo como lo es la Resolución Exenta N°202 de 22 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud. En consecuencia, se trata de una denominada ley penal en blanco propia, ya que el tipo remitiría como norma complementaria a disposiciones

infra-legales como reglamentos, ordenanzas o cualquier otra fuente emanada de alguna autoridad administrativa.

Sin bien tanto la doctrina penal como nuestro Tribunal Constitucional han admitido la constitucionalidad de las leyes penales en blanco propias, ello ha sido en el supuesto que se cumplan determinadas exigencias, a saber: a) Que la norma legal cuente con el núcleo central de la conducta punible; b) Que en el mismo texto legal efectúe una remisión expresa a la norma de destino; y c) Que el precepto infra-legal complementario tenga cierta calidad que satisfaga la exigencia de constitucionalidad (publicidad).

En el caso en análisis podría eventualmente cuestionarse la concurrencia de la primera exigencia, ya que en el artículo 318 el núcleo central de lo punible no se encuentra expresamente definido, ya que no se determina en que consiste o cual es el contenido o modalidad de la infracción a las reglas de higiene o salubridad, de modo que el contenido de la infracción –el núcleo de la materia de prohibición– tendrá en concreto diversas modalidades o contenidos, según cual sea el contenido específico de la regla, en este caso infra-legal, supuestamente vulnerada.

En este sentido Tribunal Constitucional, ha señalado: “...en definitiva, lo que la Constitución exige es que la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley (STC rol N° 24, C. 4°); que la ley establezca la caracterización suficiente del núcleo central de la conducta punible, es decir, que la descripción del núcleo esencial de la conducta punible, junto con la sanción prevista, se encuentre establecida (STC rol N° 1432, C. 30°; rol N° 1443, C. 27°)”. Por tanto, la exigencia de constitucionalidad se basa en que la norma legal debe contener por sí misma la descripción esencial del hecho prohibido o exigido, entendiendo, por tanto, que no sería transferible al precepto complementario entrar a definir lo prohibido. En otras palabras, el mandato de certeza no se cumple solamente con nombrar la conducta punible, sino que es necesario precisar sus características y los supuestos de hecho que la hacen típica.

En la especie el déficit de constitucionalidad se acrecienta si se tiene presente, que la Res. Exenta 202 en su numeral 7 a continuación de disponer como medida de aislamiento el permanecer en las residencias entre las 22:00 y 05:00 horas, señala que esta medida será ejecutada de acuerdo con las instrucciones que impartan al efecto los Jefes de la Defensa Nacional en las distintas regiones; es decir, ni la propia norma de complemento se satisface a sí misma.

También sería cuestionable que se cumpliera con la segunda exigencia que señala el tribunal constitucional, esto es, que en el mismo texto legal efectúe una remisión expresa a la norma de destino. En un primer análisis, parece difícil que una remisión

tan genérica como es la efectuada a “*las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad*”, como la que efectúa el artículo 318, cumpla con la exigencia del tribunal constitucional.

La exigencia de la debida publicidad de la norma:

Continuando con el análisis del artículo 318, hay que destacar que forma parte del tipo penal la circunstancia de que las reglas higiénicas o de salubridad que se quebrantan, hayan sido “**debidamente publicadas por la autoridad**”. Entonces, cabe preguntarse si la orden impartida por la autoridad sanitaria a un individuo en particular de permanecer en aislamiento (algo más intenso que la cuarentena) “*ha sido debidamente publicada*”. En otras palabras, y asumiendo que el individuo ha sido notificado debidamente que tiene alguna enfermedad infecciosa grave (COVID 19) y que debe permanecer aislado por algún tiempo, cabe preguntarse si esa notificación individual cumple con el requisito del tipo penal de que la regulación “haya sido debidamente publicada”.

En este ámbito es conveniente consignar las dos opiniones existentes.

Por una parte, puede sostenerse que, dado que todas las normativas de cuarentena han sido publicadas en el Diario Oficial como genéricas, debe entenderse que prohíben la circulación para ciertas personas y en ciertos lugares. En nuestro análisis ya hemos señalado que nos referimos al contagiado con COVID 19 y que sabe que es portador activo. Claro está, que la prohibición a una persona en concreto no está publicada, pero sí lo está la norma que le permite a la autoridad sanitaria imponer su aislamiento, pues, de hecho, la norma general publicada impone derechamente la cuarentena individual a quienes tengan un PCR positivo y les señala incluso los días que deben permanecer en sus casas. De ahí, puede entenderse que la prohibición de que ciertas personas circulen sí está publicada, solo que esa norma no está singularizada, pero no por ello se puede desconocer su “publicación”. Por lo demás entiendo que la “publicación” lo que busca es que sea posible de ser conocida por la población, y una norma general que otorga potestades a la autoridad sanitaria para singularizar su contenido, permite pensar que sí cumple con lo previsto en el artículo 318. Es más, tal como han sido redactadas las normas que han sido publicadas en el Diario Oficial, se refieren en específico a quienes están enfermos o contagiados, por lo que sería altamente discutible cuestionar que no se cumple la exigencia de la debida publicación.

Con todo, no debe omitirse que el fiscal a cargo del caso concreto, además de sostener esta tesis, debe indicar exactamente cuál de las normas publicadas en el Diario Oficial es la que, específicamente ha incumplido la persona imputada. Dado que se Como publican normas de restricciones con gran frecuencia en el Diario Oficial, es necesario exigir esta precisión al fiscal.

Por otra parte, también se puede poner en el debate una tesis que sostenga que, dados los principios de interpretación restrictiva y pro imputado de la ley penal, la “notificación individual” nunca será equivalente a la “debida publicación” y, como consecuencia de lo anterior, existe una línea de defensa para todo imputado de no respetar el aislamiento sanitario decretado por la autoridad sanitaria, que es exigir que se acredite el requisito de la debida publicación.

No hay que olvidar que la “debida publicación” de una orden individual de aislamiento es imposible (don Juan Pedro Pérez Pereira, carné 1.234.567-8, domicilio en calle equis N° 0987 debe cumplir aislamiento), porque vulneraría la ley de derechos del paciente y la ley de protección de datos personales. En ese contexto, sería difícil, por no decir imposible, que se pudiera acreditar este requisito del tipo penal.

Refuerza esta línea argumental, la circunstancia de que, a la fecha de elaboración de esta consulta⁵ se encuentra en plena tramitación legislativa la propuesta contenida en el boletín N° 13389-07, proyecto de ley que propone modificar el señalado artículo 318 del Código Penal en el sentido de intercalar “a continuación de “publicadas por la autoridad,” la expresión “o por infracción de las ordenes particulares impartidas por la autoridad sanitaria,”.

Más aún, el mismo proyecto de ley, en sus fundamentos señala que “igualmente, la iniciativa asimila a la infracción de las reglas higiénicas y de salubridad a la inobservancia de las órdenes particulares impartidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio”.

⁵ 11 de mayo de 2020.

4. EXCLUSIÓN DE PRUEBA, VALOR JURÍDICO DEL EXPEDIENTE CANÓNICO EN EL PROCESO PENAL (C04-2020)¹

Tengo una causa seguida en contra de un sacerdote por abuso sexual reiterado en contra de persona menor de 14 años. La causa se encuentra para verificar preparación de juicio oral.

En relación a esta situación me interesa obtener apoyo en los siguientes temas:

A.- Acceso a la carpeta de “documentos” consistentes en la “copia simple de investigación Preliminar efectuada en contra del imputado a raíz de los hechos denunciados, en la Diócesis de Talca.” y “Copia simple de Investigación Penal Administrativa llevada a cabo por el sacerdote F.W.V.” (a quien se ofrece como testigo también, bajo la siguiente fórmula: “F.W.V., sacerdote, domiciliado en Gran Avenida- xxxx San Miguel, quien depondrá sobre como toma conocimiento de los hechos materia de la presente acusación, investigación penal administrativa llevada a cabo a raíz de ello, diligencias realizadas, conclusiones a las que arribó, y todo lo por él visto, oído y percibido en relación a ello).

Dichos documentos no son otra cosa que el contenido íntegro de expedientes eclesiásticos endilgados en contra de nuestro representado.

Creo que no debe entrar por cuanto se refiere a actas que no están reguladas como tales en nuestro proceso penal y por cuanto las investigaciones que llevan a cabo no estar revestidas de las garantías de un proceso penal.

Agradecería argumentos que respalden una solicitud de exclusión.

Hago además presente que el proceso referido se terminó de tramitar después de cerrada la investigación y el MP pretende su incorporación íntegra.

B.- Previendo una posible exclusión, el MP ofrece dentro de su prueba testimonial a personas que depusieron en ese proceso y no lo hicieron en la investigación del fiscal (también documentos agregados a la investigación de la iglesia y no la fiscal).

Agradecería argumentos que respalden una solicitud de exclusión.

C.- Especial relevancia, tiene el ofrecimiento de una perito-testigo que ofrece el MP y que corresponde a una psicóloga a la que fue “conminado” a concurrir nuestro representado en el marco de la investigación eclesiástica y que tiene información altamente inconveniente para nuestro representado.

¹ Disponible en Lexdefensor en <https://decisia.lexum.com/dppc/cj/es/item/486163/index.do>

¿Sería posible solicitar su exclusión por infracción de garantías como el derecho a guardar silencio de nuestro imputado? O ¿infracción al deber de reserva profesional de una psicóloga en el marco de su ejercicio profesional? (la entrevista fue en el marco de un proceso y podría sostenerse que no es clínica sino forense).

Conviene hacer presente que además se ofrece como documental la “*Copia simple de pericia psicológica efectuada en el contexto de la Investigación Penal Administrativa realizada a raíz de los hechos materia de la presente acusación por la psicóloga P. R. D..*”

Respuesta

Naturaleza jurídica de los antecedentes aportados por el MP, normas aplicables y valor jurídico en el derecho nacional chileno

El procedimiento a seguir en derecho canónico frente a denuncias por delitos cometidos por clérigos en el ámbito de lo que llamamos genéricamente “delitos sexuales” se encuentra regulado en las siguientes normas:

- a) Cánones 1717 al 1731 del Código de Derecho Canónico de 1983 (en adelante CIC).
- b) Constitución Apostólica *Pastor Bonus* sobre la Curia Romana, en cuyo Art. 52 establece que los delitos cometidos contra la fe y también los delitos más graves cometidos contra la moral o en la celebración de los sacramentos, que son conocidos exclusivamente por la Congregación de la Doctrina de la Fe.
- c) Carta de la Congregación para la Doctrina de la Fe enviada a los obispos de toda la iglesia católica y otros ordinarios y superiores interesados: de los delitos más graves reservados a la misma congregación para la doctrina de la fe, también conocida como *Normae de Gravioribus Delictis*, publicada en el Boletín de la Santa Sede el 15 de julio de 2010, y que fue expresamente revisada y modificada en parte por el Papa Benedicto XVI.
- d) La Ley especial “Cuidado y Esperanza. Líneas guía de la Conferencia Episcopal de Chile para tratar los casos de abusos sexuales a menores de edad”, promulgado a nivel particular por cada obispo en las diócesis de Chile, mediante decretos respectivos, y que entró a regir el día 16 de julio de 2015.

A modo introductorio, señalar que el derecho canónico es aquél dictado por cada confesión religiosa para regular sus relaciones con sus fieles y a sí misma. En el caso de la Iglesia Católica Apostólica y Romana existen dos CIC, uno para quienes profesan el rito occidental que es el del año 1983, y otro para el rito oriental de 1991, y una serie de otras fuentes de distinto origen que conforman un *corpus* de derecho aplicable a esa confesión (vid. cánones 7 a 144 del CIC). Este derecho, en principio,

es aplicable sólo a quienes profesan este credo (por tanto, es un derecho de aplicación confesional y no personal como comúnmente se cree), es decir, a quienes integran lo que en el CIC se denomina el “*populus Dei*”, el pueblo de Dios definido en el canon 204 y ss. (los bautizados), con las excepciones que se dirán a propósito de lo que prevé el derecho eclesiástico en cada estado.

De acuerdo con la normativa ya citada de la Constitución Apostólica sobre la Curia Romana, es la Congregación para la Doctrina de la Fe el tribunal que conoce de los delitos más graves dentro de la Iglesia, y por ello detalló en su “*Norma de los delitos más graves*” cuáles de ellos se reservaba como de exclusivo conocimiento. Así, en su Art. 6 establece que dentro de los delitos contra la moral que quedan reservados para su conocimiento y juzgamiento, se encuentra los delitos sexuales cometidos por clérigos en contra de personas menores de 18 años o aquellas que tienen un uso imperfecto de la razón, y los relativos a la adquisición, retención o uso de imágenes pornográficas infantiles².

Como ya se ha dicho, el tribunal que conocerá de la determinación de culpabilidad o absolución de la persona imputada por delitos canónicos es la Congregación para la Doctrina de la Fe, sucesora de la Inquisición con sede en el Estado Vaticano. Sin embargo, el CIC prevé un trámite previo denominado “Investigación previa”, cuyo objetivo es acreditar la verosimilitud de la noticia sobre un delito en cuanto a los hechos y sus circunstancias, así como la eventual imputabilidad del denunciado, tal como lo establece el canon 1717 del CIC. En otras palabras, lo que se busca es averiguar si la denuncia reviste o no mérito para elevarla a la Congregación para la Doctrina de la Fe. En nuestro país, esta investigación previa está también regulada en la Ley especial “Cuidado y Esperanza. Líneas guía de la Conferencia Episcopal de Chile para tratar los casos de abusos sexuales a menores de edad”, vigente desde julio de 2015, y cuya vigencia es sólo para las diócesis chilenas.

² La norma textual es la siguiente:

Art. 6

§ 1. Los delitos más graves contra la moral, reservados al juicio de la Congregación para la Doctrina de la Fe, son:

1E El delito contra el sexto mandamiento del Decálogo cometido por un clérigo con un menor de 18 años. En este número se equipara al menor la persona que habitualmente tiene un uso imperfecto de la razón;

2E La adquisición, retención o divulgación, con un fin libidinoso, de imágenes pornográficas de menores, de edad inferior a 14 años por parte de un clérigo en cualquier forma y con cualquier instrumento.

§ 2. El clérigo que comete los delitos de los que se trata en el § 1 debe ser castigado según la gravedad del crimen, sin excluir la dimisión o la deposición.

Dicho procedimiento previo, debe ser iniciado cada vez que el Ordinario (normalmente el obispo del lugar) tome conocimiento de una denuncia por uno de estos delitos, nombrando un delegado suyo en calidad de investigador, y un notario como ministro de fe.

Ahora, lo relevante de los antecedentes que reúna el investigador, servirán para que el Ordinario, de conformidad a los cánones 1718 y 1719 CIC, tome alguna de las siguientes decisiones: a) ampliar la investigación para efectos de tomar una decisión fundada; c) ordenar iniciar un proceso penal canónico; o, c) archivar los antecedentes.

En definitiva, ni el investigador es un juez canónico pues sólo tiene las atribuciones de un auditor (algo así como un acusador) y por lo mismo, si se inicia un proceso judicial no podrá ser nombrado juez (canon 1017 § 3), ni la investigación canónica es un proceso judicial propiamente tal. De ahí que la Ley especial “Cuidado y Esperanza...” en el párrafo 44 señale que “no es el momento para obtener todos los medios probatorios disponibles”, lo que ocurre sólo en un proceso penal canónico. Entonces, todo aquello que se realizó entre el 8 de agosto de 2018 y el 26 de julio de 2019, se trató de esta etapa del procedimiento canónico y que en algunos casos es referenciado en el procedimiento penal administrativo canónico.

Con el mérito de dicha investigación previa, la Congregación para la Doctrina de la Fe, ordenó se realizara un procedimiento administrativo penal, regulado en los cánones 1720-1728 del CIC. Así, la Congregación ordenó en diciembre de 2018 al Obispo Ordinario de Talca designar un juez instructor, un notario y un defensor para el investigado, de manera que, si luego de la instrucción y el informe del juez instructor, el obispo decidiera aplicar una pena temporal, así lo decretara, pero si la pena aplicable fuera una perpetua, el expediente y la causa debía regresar a la Congregación para que sea ésta quien determinara la pena aplicable. En la diócesis de Talca se decidió instruir el procedimiento administrativo en julio de 2019.

En definitiva, el expediente acompañado es el correspondiente al procedimiento penal administrativo, sin que exista constancia de la sentencia canónica aplicada, ni la decisión del obispo de Talca.

En cuanto a las características del proceso penal administrativo, especialmente lo relativo a las reglas sobre la prueba, tenemos que decir que el canon 1728³,

³ 1728 § 1. Quedando a salvo los cánones de este título, en el juicio penal deben aplicarse, si no lo impide la naturaleza del asunto, los cánones sobre los juicios en general y el juicio contencioso ordinario, cumpliendo las normas especiales acerca de las causas que hacen referencia al bien público.

§ 2. El acusado no tiene obligación de confesar el delito, ni puede pedírsele juramento.

establece que las reglas aplicables son las del juicio ordinario civil, con la única excepción de que el acusado no tiene obligación de confesar el delito, ni declarar bajo juramento. En otras palabras, aunque no está obligado a confesar, sí tiene obligación de declarar, pues los cánones 1530 y 1531 permiten al juez interrogar a las partes, obliga a las partes interrogadas a responder y decir la verdad, y en caso de silencio, valorar esa actitud.

1530. Para mejor descubrir la verdad, el juez puede interrogar a las partes, en cualquier momento, e incluso debe hacerlo a instancia de parte o para probar un hecho que interesa públicamente dejar fuera de toda duda.

1531. § 1. La parte legítimamente interrogada debe responder y decir toda la verdad.

§ 2. Si rehúsa responder, corresponde al juez valorar esa actitud en orden a la prueba de los hechos.

En otras palabras, este medio probatorio canónico infringe la normativa procesal penal sobre el derecho a guardar silencio de la persona imputada y el principio de inocencia, por lo que debiera solicitarse la exclusión tanto de la declaración misma, como de todos los demás antecedentes que se funden en ella, especialmente el informe final del juez instructor. En cuanto a la declaración del juez instructor canónico, no obstante que su declaración sólo podría dársele el valor de un testimonio de oídas, de todas maneras, no puede versar sobre lo que escuchó declarar en el proceso canónico al imputado.

En relación a los testigos que declararon en el proceso penal canónico, creemos que las actas documentos en que constan sus declaraciones debieran ser excluidos, en un primer grupo de motivos, por aplicación de las reglas generales del CPP, esto es porque nuestra normativa procesal penal establece que:

La declaración de los testigos no puede ser sustituida por lectura de registros (Art. 329).

Incluir las actas impediría el derecho del imputado a confrontar al testigo con sus anteriores declaraciones, porque las actas canónicas no permiten confrontar de acuerdo al art. 332.

Sería aceptar que el juez instructor penal canónico tiene las facultades establecidas para los fiscales en el Art. 83 de la CPR.

No se podría verificar la formalidad establecida en el Art. 227 acerca de los registros.

La defensa no pudo hacer uso de su derecho establecido en el Art. 184 en relación a la asistencia a las diligencias.

No se cumpliría con las disposiciones relativas a resguardos, identificación, obligación de declarar o abstenerse de los testigos, lo que se encuentra establecido, por ej. en los Arts. 300, 302, 304, 307, 308, 309 y ss. del CPP no podrían verificarse en un juicio oral.

No todos los testigos del juicio canónico penal declararon ante el fiscal del caso, lo que supone, al menos que su declaración no es pertinente si ni siquiera el fiscal los citó a declarar.

En definitiva, se trata de actas que sustituyen derechamente la declaración de los deponentes, lo que contradice los fundamentos del proceso penal chileno, afectan el derecho a la defensa por cuanto le impiden hacer uso de facultades de confrontación, y porque se puede decir que, si no declararon ante el fiscal, es porque éste decidió que no eran relevantes en la investigación.

En particular, hay que recordar que la Corte Suprema ha manifestado, en distintas sentencias, que uno de los aspectos básicos del derecho a defensa es la posibilidad de controvertir la prueba de cargo. Esta garantía que aparece tanto en el Art. 14.2.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde reconoce como derecho de quien es enjuiciado por un delito “a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”, como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 8° apartado 2° letra f) reconoce el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. De esta manera, se consagra la participación activa de la defensa en el control de la prueba de cargo. Para ello, el derecho de la defensa de controlar la prueba de cargo comprende el derecho a conocer en su plenitud la pieza de cargo por la cual el tribunal puede condenar al imputado y, además, el derecho de someter a esta pieza a lo que se denomina “test de calidad”, esto es, que se la someta al contrainterrogatorio del interviniente que no presentó la prueba para demostrar la falta de credibilidad, imparcialidad o idoneidad de la misma (artículo 309 del Código Procesal Penal). En este contexto, el artículo 332 del Código Procesal Penal constituye un dispositivo que posibilita y fortalece la posibilidad de este control.

De ahí que se ha destacado el que el incumplimiento de la obligación de registro de las actuaciones de la investigación infringe el derecho a controlar la prueba de cargo, cuando el Ministerio Público no registra la existencia de un testigo de cargo durante la investigación (SCS Rol n° 5.116-2012 y SCS Rol n° 2.866-2013 199), y que el artículo 332 del Código Procesal Penal posibilita y fortalece principalmente el fiel ejercicio de la defensa del acusado (SCS Rol n° 5.116-2012)).

Un segundo grupo de razones para su exclusión proviene del derecho eclesiástico, o derecho eclesiástico del estado⁴, que es una rama del derecho público nacional o interno que regula a las confesiones religiosas en ese estado, una rama de derecho bastante poco estudiada en Chile. Si bien la Iglesia Católica Apostólica y Romana en Chile tiene personalidad jurídica que emana de su reconocimiento como persona jurídica de derecho internacional, las entidades pertenecientes a la Iglesia que gozan intra-eclesialmente de personalidad jurídica canónica pública conservaron la personalidad jurídica de derecho público por aplicación del Art. 20 de la Ley N° 19.638 que “establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas”, de 1999.

No obstante, aquello, tal como se dijo, es el derecho eclesiástico, es decir el derecho público chileno el que le otorga o no valor a los actos con valor religioso. Así, Salinas Araneda indica que se dan supuestos en que las normas canónicas “alcanzan relevancia para el ordenamiento jurídico estatal”⁵, siendo la remisión uno de sus principales mecanismos, como ocurre en el caso del Art. 586 del Código Civil.

Ahora, distinto es el caso del reconocimiento del valor civil de los procesos canónicos. Por un lado, la soberanía chilena se manifiesta, justamente, en el ejercicio del *ius puniendi* respecto de los hechos que se cometieron en nuestro territorio, lo que tiene un correlato en que la extraterritorialidad de la ley penal es reducida y se manifiesta solamente en ciertos delitos tan graves que la comunidad internacional ha declarado expresamente esta característica, y no es el caso de los delitos objeto de este juicio. Por otro lado, tenemos que las sentencias dictadas por tribunales extranjeros tienen valor en Chile sólo si son pasadas ante los tribunales chilenos luego de un exequatur, incluso si llegáramos a pensar que el valor de un proceso penal canónico tiene valor por tratarse de un proceso llevado por un estado soberano distinto a Chile – la Santa Sede-, su valor en Chile estaría dado sólo si se llevara a cabo este trámite, cuestión que no se ha verificado.

Finalmente, es el propio derecho eclesiástico el que nos da la solución, pues en otros países sí se ha discutido el valor civil de ciertos procesos canónicos, especialmente los relativos a procesos de matrimonio religioso, pero ello se debe a que existe disposición eclesiástica que lo permite, como es el caso de España que en 1979 firmó y ratificó el Acuerdo sobre asuntos jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español que, unido a otros tres Acuerdos de esas mismas fechas y al

⁴ Este grupo de argumentos también es aplicable a la exclusión de la declaración escrita del imputado en el proceso canónico, pero como el argumento de la violación al principio de inocencia y al derecho de guardar silencio es tan fuerte, no nos referimos a él en su oportunidad.

⁵ SALINAS ARANEDA, Carlos. Las fuentes del derecho eclesiástico del estado de Chile, En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXI (Valparaíso, Chile, 2000), pp. 200-201.

Acuerdo de 28 de julio de 1976, derogaron el Concordato de 1953 y proporcionaron una nueva regulación a todas las materias de interés común de la Iglesia y del Estado español, dedicando varias disposiciones a la eficacia civil del matrimonio canónico y de las resoluciones eclesiásticas de nulidad y de disolución del matrimonio rato y no consumado. En otras palabras, el derecho eclesiástico estatal español le dio valor civil a los procesos canónicos por remisión expresa⁶.

Por lo mismo, dado que sólo es posible que tenga valor civil una sentencia matrimonial dictada en el fuero eclesiástico si existe norma expresa de remisión, es que en Chile las sentencias matrimoniales del fuero eclesiástico no tienen valor civil, pues tal como lo indica Salinas Araneda “La prueba que se rinda en el fuero canónico, tiene validez en dicho fuero y nada más que en él. Es cierto que si el capítulo de nulidad del matrimonio que se alega es el mismo en uno y otro fuero, la prueba que habrá de rendirse en el civil no diferirá de la rendida en el fuero canónico, pero habrá que rendirla de nuevo ajustándose en todo a las ritualidades de la ley procesal civil. De la misma manera que, a la inversa, la prueba que se rinda en el fuero civil no incide en el proceso canónico en el que deberá rendirse la prueba respectiva conforme a las normas procesales canónicas”⁷.

En nuestro sistema procesal penal no existe una norma de remisión del valor del proceso penal (ni en el proceso civil). La única norma que podría considerarse una norma eclesiástica remisoria del CPP al derecho canónico es el Art. 303 que permite abstenerse de declarar al “confesor”, pues al no definirlo ni señalar cuándo el confesor está obligado a guardar el secreto, obliga a llenar su contenido con las normas canónicas atinentes⁸.

En conclusión, por aplicación de las normas de derecho eclesiástico el proceso canónico carece de valor en el proceso penal chileno, pues para efectos procesales se trata de declaraciones efectuadas entre particulares, sin valor alguno. Si a ello le sumamos el que muchas de las declaraciones prestadas por los testigos del proceso

⁶ Vid. GARCIMARTIN MONTERO María del Carmen, “Problemas procesales del reconocimiento de eficacia civil de las resoluciones matrimoniales canónicas”, en Anuario de derecho eclesiástico del Estado, Nº 19, 2003, pp. 233-262, y Ferrer Ortiz, Javier, “La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas en el derecho español”, en *Ius et Praxis*, 14(2), año 2008, pp. 373-406.

⁷ SALINAS ARANEDA, Carlos “El derecho eclesiástico del estado de Chile al tiempo del bicentenario: logros y dificultades”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009), pp. 499 – 533.

⁸ Por lo demás, esta norma del CPP ha sido criticada por los expertos en derecho eclesiástico, en cuanto el deber de secreto del confesor es absoluto, y ni aún cuando exista relevo del secreto por parte del penitente, el confesor podría declarar. Vid Carlos Salinas Araneda, “El derecho eclesiástico del estado de Chile...”, *ibidem*, p. 527.

canónico son meras declaraciones de oídas⁹ y/o “de contexto”¹⁰, cuyo valor es despreciado mayoritariamente por la doctrina, debieran ser excluidos por las razones antedichas.

Finalmente, en relación con la pericia que rola en el expediente penal canónico, la que se rige en ese fuero por los cánones 1574-1581 del CIC, debiera ser excluible por las razones similares que las señaladas, tanto respecto de la declaración del imputado como respecto de testigos, a saber:

Las declaraciones y conclusiones consignadas por la perita canónica se enmarcan en un proceso en el que el imputado está obligado a declarar y a colaborar con el proceso, lo que vulnera su derecho a guardar silencio y la presunción de inocencia.

De acuerdo con el Art. 319 la declaración del perito no puede ser sustituida por la lectura de su informe, pues les son aplicables las reglas de los testigos, e incluir su informe pericial sin la declaración. tampoco se trata de las situaciones excepcionales del inc. final del Art. 315.

No permitirá contrastar con el mecanismo del Art. 332 CPP, lo que vulnera el derecho a confrontación, que es integrante tanto del derecho a la defensa, como al debido proceso.

Se trata de una mera declaración entre particulares, pues por estar inserta en un proceso canónico sin valor civil por no existir norma de derecho eclesiástico que le entregue eficacia civil, sólo puede catalogarse como una entrevista psicológica privada sometida a secreto profesional, por lo que la única forma en que podría llegar a deponer sobre la entrevista psicológica, es que el imputado la releve del secreto de acuerdo a la parte final del Art. 303.

No fue ordenada por el fiscal, por lo que vulnera la dirección exclusiva del MP de las investigaciones penales.

Al no enmarcarse en un proceso civilmente válido, no puede considerarse una pericia, cuya característica principal es la opinión técnica que recae en la

⁹ Vid. SCS Rol n° 2.020-2012 y Héctor Hernández Basualto, “Contra los testimonios de oídas pre-constituidos”, en Justicia, derecho y sociedad, Editores: Rafael Blanco Suárez y Pedro Irureta Uriarte, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2014.

¹⁰ HERNÁNDEZ, Héctor, “Pertinencia como garantía: Prevención del prejuicio en el examen de admisibilidad de la prueba”, en Accatino, Daniela (editora), Formación y valoración de la prueba en el proceso penal. Santiago: Abeledo Perrot - Legal Publishing, 2010 p. 43; y NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio “La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas”, en Revista Ius et Praxis, Año 23, N° 1, 2017, p. 210.

averiguación de un delito en el fuero civil, ordenada por la autoridad investigativa correspondiente.

En cuanto a la forma de excluir el escrito del abogado defensor canónico, habrá, primero, que estarse a que en él se consignan partes de las declaraciones del imputado que son ilegales en el proceso penal del fuero civil, y de testigos y “peritos” que no son admisibles. Por lo demás, aunque se considerara un testimonio, este - ya hemos dicho- no es admisible porque una declaración escrita no reemplaza la declaración en el juicio, no declaró ante el fiscal y además tiene derecho a abstenerse de declarar.

Finalmente, el informe final del juez instructor, como hemos dicho, es una sugerencia para que quien tenga que tomar la decisión, declare canónicamente si el imputado es o no culpable, y la sanción que le corresponde. No debiera ser admitido este documento porque:

Es una mera opinión de un particular en un proceso sin valor en el fuero civil, como ya hemos dicho.

Incluso si se citara a declarar a este juez instructor como testigo, su testimonio no aportaría nada más que un testimonio de oídas.

Las normas de admisibilidad y valoración de la prueba en el fuero canónico son distintas a las civiles, por lo que su opinión – incluso jurídica- no cumple con los requisitos establecidos en el CPP.

La doctrina en derecho eclesiástico chileno señala que incluso, aunque se le diera el valor de instrumento público a una sentencia o a un juicio canónico, tal como lo indica Salinas Araneda, no tiene valor civil¹¹.

En definitiva, como hemos visto, por distintas razones y argumentos no hay ningún documento que obre en el expediente canónico penal que deba ser admitido en el proceso penal de marras.

¹¹ SALINAS ARANEDA, Carlos, “El derecho eclesiástico del estado de Chile...”, ibídem, pp- 525-527.

5. PORTE DE BOMBA MOLOTOV, PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y CONSUNCIÓN INVERSA (C05-2020)¹

En el presente caso, al acusado se le imputan los delitos de RLNH y el de Porte ilegal de elementos explosivos o incendiarios, sancionado en el artículo 14 y 3 inciso 2° de la Ley de control de armas N° 17.798.

El texto pertinente del auto de apertura señala lo siguiente:

LOS HECHOS: *“El día 26 de noviembre de 2019, aproximadamente a las 22:10 horas, personal de carabineros recibe un comunicado de censo para concurrir al supermercado Santa Isabel de calle 14 de febrero 2455 de esta ciudad, ya que desconocidos se encontraban forzando las cortinas metálicas e ingresando a dicho local desde el cual sustraían especies. Al llegar personal policial sorprenden al imputado saliendo del interior de dicho supermercado, encapuchado y portando una mochila en su espalda, producto que el piso estaba mojado, el imputado resbala, logrando la detención del mismo. Al realizar una revisión de la mochila que portaba en su interior se encontró 3 botellas de pisco marca Mistral, especies que fueron sustraídas del supermercado y además una botella de vidrio marca Corona de 355 cc y en su parte superior un paño de color rojo, en cuyo interior contenía un líquido al parecer bencina, elementos que en su conjunto son conocidos como bomba molotov, procediendo a la detención del imputado”.*

CALIFICACIÓN JURÍDICA: A juicio de la Fiscalía, los hechos anteriormente descritos son constitutivos del delito de Robo en lugar no habitado, previsto y sancionado en el artículo 442 N° 1 del Código Penal, ilícito que se encuentra en grado de frustrado y el delito de Porte ilegal de elementos explosivos o incendiarios, sancionado en el artículo 14 y 3 inciso 2° de la Ley de control de armas N° 17.798.

PARTICIPACIÓN CRIMINAL: A juicio de la Fiscalía, al acusado, le cabe participación culpable al acusado en calidad de autor ejecutor directo en conformidad a lo dispuesto en el artículo 14 N° 1 y 15 N° 1 del Código Penal, en grado de desarrollo consumado.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL: A juicio del Ministerio Público al acusado no le favorece atenuantes de responsabilidad penal, le perjudica agravante del artículo 12 N° 10 del Código Penal.

¹ Disponible en Lexdefensor en <https://decisia.lexum.com/dppc/cj/es/item/486472/index.do>

PRECEPTOS LEGALES APLICABLES AL CASO: A juicio de la fiscalía son aplicables los siguientes preceptos legales; artículos 1, 7, 14 N° 1, 15 N° 1, 21, 22, 23, 24, 28, 32, 38, 40, 47, 50, 68, 69, 443, 442 N° 1 todos del Código Penal, artículo 3 inciso 2° y 14 de la Ley N° 17.798 y artículo 259 y siguientes del Código Procesal Penal y demás disposiciones legales pertinentes.

PENA SOLICITADA: En cuanto a la pena asignada por la ley al delito, considerando la naturaleza jurídica del ilícito que se investiga, el grado de ejecución, la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal del artículo **12 N° 10** del Código Penal, el Ministerio Público solicita se aplique al acusado la pena de **540 días de Presidio Menor en su grado mínimo** por el delito de ROBO EN LUGAR NO HABITADO y por el PORTE ILEGAL DE ELEMENTOS EXPLOSIVOS O INCENDIARIOS, la pena de **5 años de presidio menor en su grado máximo**, las accesorias legales de inhabilitación absoluta y perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y el pago de las costas de la causa.

Como se ve, se trata de un porte de bomba Molotov según los hechos, pero sucede que los delitos de bomba molotov se encuentran contenidos en el art. 14 letra D de la ley de control de armas, los que no consideran el supuesto del porte, pues bien esa situación se cubre con el art. 14 en relación al art. 3 inc. 2 de la misma ley, sin embargo, estimo que se trata de un error técnica legislativa, toda vez que lógica y sistemáticamente, no parece sensato que el delito de portar una bomba molotov tenga asignada una pena más alta (presidio mayor en su grado mínimo) que la pena de lanzar una bomba molotov (la cual puede ser de presidio menor en su grado medio).

Creo que tal vez este tema se pueda resolver con criterios de consunción inversa, pero no tengo material suficiente para poder realizar una alegación precisa, puede que con la historia de la ley encuentre algo que me sirva.

Respuesta:

En primer lugar, es necesario mencionar que tanto, el nuevo artículo 10, como el artículo 14 letra D, se incorporaron a la ley 17.798 con la reforma de la ley N° 20.813, del año 2015, reforma que intentó resolver el problema que suponía para quienes sostenían la persecución penal, que los tribunales no calificaban hechos de porte de bombas molotov como infracción a la ley antiterrorista, recurriendo a calificaciones alternativas, incluso de daños, a pesar de que la acusación sostenía reiteradamente la aplicación de la ley antiterrorista.

En este contexto, la incorporación de los artículos 10 y 14 D a la ley 17.798 crean nuevas hipótesis, que regularon por primera vez la utilización de artefactos lesivos (bombas molotov) como delito común, dejando atrás una etapa marcada por las

absoluciones, en los procesos penales que perseguían estos delitos como terroristas.

Durante la tramitación legislativa de esta modificación se sostuvo que (los destacados son nuestros) *“nuestros tribunales han entendido que los tipos penales aplicables en este escenario son aquellos contenidos en los artículos 13 o 14 de la ley N° 17.798, sobre control de armas: el primero sanciona la tenencia o posesión de aquellas armas señaladas en los incisos primero, segundo o tercero del artículo 3° -armas cuya posesión o tenencia está prohibida, con limitadas excepciones-, y el segundo el porte de las mismas. En este contexto, la Fiscalía considera que la conducta específica imputada –colocación, activación, detonación, etc.- no puede encuadrarse cabalmente en las expresiones tenencia, posesión o porte de los artículos 13 y 14 de la ley N° 17.798. En consecuencia, frente a la ausencia en el autor de la finalidad terrorista, o su falta de acreditación en el proceso respectivo, podría considerarse que no existiría un tipo penal que concretamente sancione la conducta objeto de investigación criminal. Adicionalmente, **la Fiscalía estima que la colocación, uso o detonación de bombas o artefactos explosivos conforma una conducta de peligro concreto adicional y portadora de un mayor disvalor que aquel relativo al mero porte o tenencia del arma prohibida, y que justificaría a priori su castigo de forma independiente.** En efecto, **la colocación, activación o detonación de una bomba o artefacto explosivo implica el despliegue de una conducta que, más allá del mero porte o tenencia del artefacto, está positivamente orientada a que la bomba o artefacto detone, ocasionando con ello, por regla general, lesiones o incluso la muerte de personas que se encuentren cercanas a la explosión, y daños de distinta naturaleza en los bienes adyacentes a la misma.** En este contexto, se propone incorporar al proyecto un artículo en virtud del cual se incorpore un nuevo delito a la ley N° 17.798, que sancione la colocación, envío, activación, arrojo, detonación o disparo de bombas y de uno o más de los elementos indicados en el inciso 2° del artículo 3° de la ley.”*

Sin perjuicio de esta novedad que se incorporó en la ley 17.798, se vislumbran ciertos errores de tipo legislativo en la creación y selección de las distintas penalidades con que se sanciona cada una de las conductas involucradas en esta decisión. Algunos de ellos fueron comentados por los legisladores en la discusión de esta ley, como es el caso de la duda que le surgía al Diputado Squella quien señaló *“¿Por qué en la modificación número 19) propuesta por el Ejecutivo, que incorpora un artículo 14 D, se establece una pena menor para quienes coloquen bombas y utilicen artefactos incendiarios, como las molotov? Es decir, se establecen dos categorías de sanciones: a las personas que utilicen artefactos explosivos o incendiarios se les asigna una pena de presidio mayor en su grado medio, si comete el delito en una infraestructura sensible, por llamarlo de un modo; pero si lo comete*

en lugares que no tengan esa característica o en contra de objetos distintos a los señalados, se le asigna la pena de presidio mayor en su grado mínimo. Finalmente, el Ejecutivo propuso un inciso que, a mi juicio, está muy equivocado, ya que se penalizará con presidio menor en su grado máximo, en caso de que el ataque a una infraestructura sensible se realice con un artefacto explosivo o incendiario que tenga pequeñas cantidades de combustibles u otros elementos químicos de libre venta al público, dentro de los cuales estarían las bombas molotov. En caso de que ese ataque se realice en contra de una infraestructura que no sea sensible, se aplicará la pena de presidio menor en su grado medio. ¿Por qué el gobierno planteó esta indicación en el Senado? Simplemente, no lo entiendo. Si revisamos la gran cantidad de ataques incendiarios que se han realizado, podremos comprobar que la inmensa mayoría, por no decir todos, estaría dentro de la descripción de este nuevo inciso tercero del futuro artículo 14 D. Eso es lo que no se entiende. ¿Por qué se da una suerte de tratamiento con guante blanco a quienes utilizan las bombas molotov?”. Del mismo modo se cuestionaba el Diputado Ulloa la penalidad del delito “... manifestar mi extrañeza por el inciso tercero del artículo 14 D que agrega el Senado, puesto que aplica una sanción muy baja para el uso de bombas molotov. Nosotros creemos que la peligrosidad y el daño que provocan estos artefactos son perfectamente asimilables a los enumerados en el inciso primero el mismo artículo.”

En una posición contraria se ha manifestado el Diputado Gutiérrez, quien haciendo mención a que se estaba tipificando delitos que no lesionan a un bien jurídico, como lo son los delitos de peligro abstracto, se pone en juego el exceso con que se trata al tipo solo para resguardar los dos objetivos principales que a su juicio tiene la ley en comento “*primero, asegurar el monopolio de la fuerza por parte de los órganos que, de acuerdo con la Constitución Política, deben disponer de los instrumentos necesarios para asegurar nuestra seguridad interna y externa, y segundo, evitar que haya grupos armados que puedan amagar ese monopolio de la fuerza en manos de los entes, tal como lo establecen la Constitución y las leyes.*”

Aunque de la discusión parlamentaria parece que algunos honorables se acercaron al problema, lo concreto es que, como consecuencia de la modificación se produce la paradoja de que existen tres disposiciones aparentemente aplicables para sancionar el porte de una bomba molotov.

Como veremos, en una de estas opciones, que es, precisamente la elegida por el Fiscal del Ministerio Público en este caso, la pena de un simple porte de bomba molotov puede ser mayor y más severa que la que se asigna a su efectiva utilización, vía colocación, envío, activación, arrojado, detonación, sea que se dispare o se haga explosionar.

Las normas de la ley 17.798 en cuestión, a propósito de las sanciones relativas a bombas molotov, son las siguientes (los destacados son nuestros):

“ARTICULO 3°- inciso segundo: Asimismo, **ninguna persona podrá** poseer, tener o portar artefactos fabricados sobre la base de gases asfixiantes, paralizantes o venenosos, de sustancias corrosivas o de metales que por la expansión de los gases producen esquirlas, ni los implementos destinados a su lanzamiento o activación, ni **poseer, tener o portar bombas o artefactos explosivos o incendiarios.**

Artículo 10.- Los que sin la competente autorización fabricaren, armaren, elaboraren, adaptaren, transformaren, importaren, internaren al país, exportaren, **transportaren**, almacenaren, distribuyeren, ofrecieren, adquirieren o celebraren convenciones respecto de los elementos indicados en las letras b), c), d) y e) del artículo 2° serán sancionados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

Si alguna de las conductas descritas en el inciso anterior se realizare respecto de los elementos a que se hace referencia en los incisos primero, segundo y tercero del artículo 3°, la pena será de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Si las armas fueren material de uso bélico de la letra a) del artículo 2° o aquellas a que se hace referencia en el inciso final del artículo 3°, la pena será de presidio mayor en sus grados medio a máximo. **Pero tratándose de artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustibles y otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov y otros artefactos similares, se impondrá únicamente la pena de presidio menor en su grado máximo.**

Artículo 14°.- **Los que portaren alguna de las armas o elementos** señalados en los incisos primero, segundo o tercero del artículo 3° serán sancionados con **presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.** Si dichas armas son material de uso bélico o aquellas señaladas en el inciso final del artículo 3°, la pena será de presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

Artículo 14 D.- El que **colocare, enviare, activare, arrojare, detonare, disparare o hiciere explotar bombas o artefactos explosivos, químicos, incendiarios, tóxicos, corrosivos o infecciosos en, desde o hacia la vía pública, edificios públicos o de libre acceso al público,** o dentro de o en contra de medios de transporte público, instalaciones sanitarias, de almacenamiento o transporte de combustibles, de instalaciones de distribución o generación de energía eléctrica, portuarias, aeronáuticas o ferroviarias, incluyendo las de trenes subterráneos, u otros lugares u objetos semejantes, será sancionado con **presidio mayor en su grado medio.** La misma pena se impondrá al que enviare cartas o encomiendas explosivas, químicas, incendiarias, tóxicas, corrosivas o infecciosas de cualquier tipo.

*Si las conductas descritas en el inciso precedente se realizaren en, desde o hacia lugares u objetos distintos de los allí señalados, la pena será **presidio mayor en su grado mínimo. Ejecutándose las conductas descritas en los incisos anteriores con artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustibles u otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov y otros artefactos similares, se impondrá únicamente la pena de presidio menor en su grado máximo, en el caso del inciso primero, y de presidio menor en su grado medio, en el del inciso segundo***.

En estricto rigor, analizando solamente el porte de una bomba molotov (sin incorporar en el análisis, el transporte, por ahora), la consecuencia de estas disposiciones legisladas con la lógica señalada es la siguiente: El sujeto activo que coloca envía, activa, arroja, detona, dispara o hace explotar una bomba molotov en un lugar de libre acceso al público, arriesga una pena de presidio menor en su grado máximo, esto es desde 3 años y un día a 5 años (artículo 14 D inciso segundo).

Ahora, si el mismo sujeto simplemente porta (en su mochila, por ejemplo) una bomba molotov en un lugar de libre acceso al público arriesga una pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, esto es desde 3 años y un día a 10 años (artículo 14).

Desde este punto de vista, en esta regulación, el Derecho Penal pierde toda capacidad de prevención general, desde el momento en que el sujeto, en el caso descrito, arriesga menor pena si arroja efectivamente la bomba molotov en un lugar de libre acceso al público, que sí, simplemente la porta en el mismo lugar.

Si bien es evidente que la conducta de lanzar una bomba tipo molotov contiene una consideración de peligro mayor y es potencialmente más dañosa que el ser portador de la bomba, de igual manera se da la contradicción en cuanto a que las penalidades de cada delito no conciben con esta idea.

La profesora Myrna Villegas Díaz, comparte esta visión, y ha podido dar su apreciación respecto al tema señalando que "...Sin embargo, podemos observar ciertas inconsistencias en la ley si relacionamos esta norma con los arts. 3 (elementos prohibidos), 13 (tenencia elementos prohibidos) y art. 14 (porte de elementos prohibidos). Hay una desproporción en la pena pues el uso del artefacto (colocar, arrojar, disparar, hacerlo explotar, enviar), que supone ya no un riesgo sino una afectación al bien jurídico, tiene una sanción menor que la de su tenencia y porte, pues esta conducta, si se realiza en lugares públicos, alcanza como máximo una pena de cinco años (va desde 3 años y 1 día a 5 años), y si es en otros lugares,

la conducta se sanciona con 541 días a 3 años. Entonces, el efecto criminógeno de la disposición es evidente pues si la tenencia y el porte del artefacto tiene una pena mayor en su extremo superior que su colocación, o arrojarlo, o hacerla explotar, el sujeto definitivamente tenderá a deshacerse del artefacto lo más rápido que sea posible.”

En cuanto a la interrogante que plantea la defensora de si se podría dar la hipótesis de consunción inversa, esta se daría en el caso de si, por ejemplo, el imputado que portaba la bomba molotov incurriera en alguna de las conductas descritas en el artículo 14 letra D, como el de colocar o arrojar y el Ministerio Público hubiera preferido hacer la calificación jurídica por el delito de porte de bombas incendiaria y no por el delito tipificado en el artículo 14 letra d, como ocurrió en un sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, Rit 162-2018, en que por parte del tribunal existió una preferencia deliberada de la figura de porte por sobre la de lanzamiento de la bomba molotov, pasando a llevar principios del Derecho Penal como son la especialidad y la consunción. El principio de especialidad, porque al existir dos hipótesis en que la realización de una conlleva a la otra, además una de ellas contiene otro elemento adicional, que la hace más compleja, como sería el acto de arrojar un artefacto explosivo, por lo tanto, la hipótesis de portar es menos especial y queda contenida en la hipótesis de arrojar. En segundo lugar, debemos hablar de la consunción, *“toda vez que no estamos ante relaciones lógicas, sino ante valoraciones del sentido de que cada una de las normas en juego, según su forma de realización concreta en los hechos enjuiciados, y por tanto, se incluyen en él todos aquellos supuestos en que, no siendo apreciable una relación de especialidad, subsidiariedad o alternatividad, debe rechazarse no obstante el tratamiento concursus común, porque uno de los preceptos concurrentes regula un hecho que sólo puede considerarse como accesorio o meramente acompañante, en sentido amplio, del que regula el precepto principal y desplazante: los llamados actos anteriores, propiamente acompañantes y posteriores copenados”* (Lecciones de derecho penal chileno, parte general, pág. 461). En este caso el tribunal realiza una consunción que podríamos denominar inversa, principalmente por no tomar en cuenta el principio de especialidad, cuando razona que dándose por probado que el sujeto arroja el artefacto, concluye que existe necesariamente una conducta anterior, que es el porte, siendo este último un delito menos especial que el primero, sin embargo, el tribunal decide condenar por este último.

Sin perjuicio de todo lo anterior, no se da para el caso particular que nos convoca esta consulta, pues la calificación jurídica que hace la Fiscalía es de porte ilegal de elementos explosivos o incendiarios, sancionado en el artículo 14 y 3 inciso 2° de la Ley de control de armas N° 17.798, y, según la relación de los hechos contenidos en el auto de apertura, no existe por parte del imputado alguna conducta que pudiera encajar en las descritas en el artículo 14 letra d de la ley de control de armas.

Sin embargo, hecho el análisis de la situación que se genera cuando entran en juego las normas relativas al simple porte versus las conductas de colocación y otros similares, cabe agregar a este análisis, la norma contenida en el nuevo artículo 10 inciso segundo, particularmente con relación a la figura del transporte.

El inciso primero del artículo 10 de la ley 17.798, sanciona al que, entre otras conductas, transportare los elementos indicados en las letras b), c), d) y e) del artículo 2º. Pero su inciso segundo agrega que si alguna de las conductas descritas en el inciso anterior (transporte) se realizare respecto de artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustibles y otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, **tales como las bombas molotov** y otros artefactos similares, se impondrá únicamente la pena de presidio menor en su grado máximo.

La Real Academia Española de la Lengua define, en su primera acepción, “transportar” como “llevar a alguien o algo de un lugar a otro”.

Si el imputado llevaba en su mochila una bomba molotov, y no la arrojó en el supermercado en cuestión, no la colocó para detonarla, no le dio ningún otro uso, no la estaba vendiendo, entonces, evidentemente la trasportaba de un lugar a otro. Si alguna duda existiera de que ese era su propósito, bastaría que el propio imputado lo aclarara mediante su testimonio. Bastaría con acreditar el lugar desde donde venía el imputado (desde donde salió a la calle por última vez) y el lugar hacia donde se dirigía (y que fuera distinto del lugar anterior) para que se acreditaran los elementos del conceto “transportar”, conforme a la R. A. E., esto es “de un lugar a otro”.

Y si se puede configurar el transporte de bomba molotov, entonces la sanción abstracta será presidio mayor en su grado máximo, esto es, 3 años y un día a 5 años.

La invocación del transporte del artículo 10 inciso segundo de la ley 17.798, devuelve, en alguna medida, cierto sentido de proporción a la escala de sanciones de esta ley.

En consecuencia, nuestra recomendación es sostener la aplicación de la figura del transporte de bomba molotov del artículo 10 inciso segundo de la ley 17.798. Para ello, parece altamente aconsejable explicar, de manera muy pedagógica al tribunal, la situación de incoherencia de penas que se produciría si no se aplica la norma del artículo 10 y se accede a la calificación solicitada por el Fiscal, tal como se describió precedentemente.

En cuanto a la agravante esgrimida por la Fiscalía, esto es la de cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra calamidad o desgracia (art. 12 N° 10 del Código Penal), algunas consideraciones:

En primer lugar, ni de los hechos de la acusación, ni de la parte donde la acusación esgrime la agravante, se señalan cuáles son los hechos que configurarían la agravante.

Es decir, en el relato de los hechos no se dice que ese día había movilización nacional, paro, manifestaciones sociales, incendio, inundación, etc. Sólo se dice que había personas sustrayendo especies desde un lugar de libre acceso al público. En nuestra opinión esta circunstancia bastaría para que el tribunal no pudiera conceder la agravante esgrimida.

En segundo lugar, podría argumentarse una non bis in ídem desde el punto de vista del porte/transporte/tenencia/arrojamiento tentado de bomba molotov, ya que el bien jurídico protegido es el orden público.

La agravante se configura en este caso por aprovechamiento de la conmoción o tumulto como situación de hecho que afecta el orden público (sí bien es discutible, sin embargo, hay buenos fundamentos sobre el bien jurídico en VILLEGAS, 2019). Resulta difícil sostener que existe un aprovechamiento de una situación de hecho afectadora del orden público para cometer un delito que pone en peligro el orden público previamente afectado por la situación de hecho. En otras palabras, si el estado de cosas es ya una afectación al bien jurídico, no es posible agravar la conducta que, con posterioridad, simplemente constituye un peligro abstracto para el mismo.

6. DELITOS DE ODIOS Y DISCRIMINACIÓN, AGRAVANTE DEL 12 N° 21 CP ESTABLECIDA POR LA LEY 20.609 (C06-2020)¹

Texto de la consulta

Junto con saludarles, tenemos un caso en que se viene solicitando la agravante del 12 N° 21 establecida por la ley 20.609, si bien contamos con algún material nos gustaría si nos pueden ayudar, atendido la pena solicitada al imputado.

Para nosotros en este caso, no estaríamos frente a un delito de odio, como sería el caso de aplicar la agravante mencionada, ya que lo basarían los acusadores en su calidad de mujer y ex polola del imputado, nosotros estimamos que los móviles no vienen que ver con la discriminación, sino con su calidad de ex polola del imputado, lo que puede dar lugar a una calificante por la forma en que actuó, pero no a esta agravante del 12 N° 21.

De ahí que solicito algún material disponible sobre esta agravante del CP.

Hechos: *“El día 18 de agosto de 2019, siendo las 18:30 horas, el acusado G.B.R.S., de 17 años de edad, concurrió al sector de calle Alonso de Ercilla, cerca del Estadio Félix Gallardo, de la ciudad de Valdivia, e interceptó a su ex conviviente, la víctima N.S.M.R., también de 17 años de edad, este concurrió a sabiendas de que la víctima estaría allí, tomándola del pelo y trasladándola a viva fuerza un par de metros del mismo sector, alejándola de personas que transitaban por el lugar y que intentaron interceder para prestarle auxilio. Luego de ello y premunido de un objeto cortopunzante, y con la intención de matar procedió a agredir a la víctima en su cara y cuello, acto seguido, y obrando sobre seguro, el acusado en los momentos en que la víctima intentaba zafarse y huir, aprovechando que esta se encontraba de espaldas, la hiere reiteradamente en al menos 15 oportunidades, lesiones en su conjunto le provocaron la muerte por heridas cortopunzantes toraxicas, huyendo posteriormente del lugar llevándose el teléfono de la víctima, sin prestarle auxilio, y deshaciéndose del arma utilizada en un sector alejado de este lugar..”*

Respuesta

Introducción. Problema que se plantea con la publicación de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación.

El 24 de julio de 2012 fue publicada en el Diario Oficial la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, cuyos objetivos declarados (Art. 1°) son básicamente dos. El primero es instaurar mecanismos judiciales que permitan

¹ Disponible en Lexdefensor en <https://decisia.lexum.com/dppc/cj/es/item/486164/index.do>

restablecer eficazmente el imperio del derecho cuando se cometan actos de discriminación arbitraria y, el segundo, establecer una obligación para los organismos públicos de elaborar e implementar políticas destinadas a garantizar, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades.

Para los efectos de la aplicación de la ley, su Art. 2° define lo que debe entenderse por discriminación arbitraria: "distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

A continuación, la ley establece ciertos criterios de diferenciación que, objetivamente, pueden ser resultar "sospechosos" de ocultar alguna discriminación arbitraria y, por ello, no pueden invocarse en ningún caso para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. Esos criterios son: el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

En cuanto a la justificación de una discriminación, el inciso final del Art. 2° señala que se considerarán razonables las discriminaciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios objetivos del inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.

Finalmente, se agrega una nueva circunstancia agravante de la responsabilidad en el Art. 12 del Código Penal, basada en la discriminación que reza: "*21ª. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.*".

En relación a esta agravante, se duda acerca de si es posible aplicar a un delito de homicidio cometido por el ex conviviente de una mujer, que se ha imputado como homicidio calificado.

Sin perjuicio de que entraremos en este tema a continuación, haremos dos breves digresiones para el evento de que salgan en la discusión jurídica del juicio: 1) en relación a la aplicación de la Ley VIF a causas de adolescentes (el imputado tenía

17 años al momento del hecho), puesto que en la acusación aparece que el imputado era el ex conviviente de la víctima; y 2) en relación a la inclusión de los ex convivientes en el Art. 5 de la Ley VIF.

En relación con el primer tema, y aunque en el caso el delito imputado está en el CP y no en la LVIF por lo que se dirá más adelante es conveniente tener esta reflexión. En efecto, sólo decir que la aplicación de la Ley VIF a causas con imputado adolescente es discutible y existen decisiones jurisprudenciales contrarias. Por un lado, hay una doctrina que indica que no sería aplicable por aplicación del principio de especialidad, la que puede verse por ej. en la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel ROL 1120-2012-ref., en que se señala:

“OCTAVO: Que, en consecuencia, no contemplando la ley N° 20.084 la aplicación a los adolescentes infractores de la medida accesoria contemplada en la letra b) del artículo 9 de la ley N° 20.066, y siendo la ley sobre responsabilidad penal adolescente un cuerpo normativo que regula de manera especialísima el estatuto penal de los jóvenes, no cabe aplicar a estos menores otras sanciones que las expresamente consagradas en la ley N° 20.084. Así lo señalan, por lo demás, los artículos 6 y 7 de este cuerpo normativo”.

Y, por el contrario, la Corte Suprema – aunque en materia cautelar- ha señalado que sí se aplica en rol 13117-2018:

*“...las conductas que se le han imputado al amparado S. S. si bien en la perceptiva del Código Penal importan ilícitos cuya sanción se encuentra, a la luz del artículo 21, en el ámbito de los simples delitos, lo cierto es que dada las características y entidad de los mismos, como también la condición de la víctima, dichas conductas, a la luz del artículo 5 de violencia intrafamiliar, afectan la vida e integridad física y psíquica de esta última....**la exigencia del artículo 32 de la Ley N° 20.084 cede ante el bien jurídico protegido, cual es la vida e integridad física y psíquica de la víctima** por lo que la medida cautelar consistente en la internación provisoria de S. S. no importa una ilegalidad que pueda ser corregida por la vía de la acción constitucional de amparo”.*

La segunda digresión tenía que ver con la posibilidad de considerar a los ex convivientes como posibles sujetos activos del delito de parricidio o femicidio conforme a la antigua redacción introducida por la Ley 20.066 y luego por la Ley 20.480. Creemos que hay argumentos para sostener que los ex convivientes no estaban cubiertos por la norma, lo que puede verse en alguna consulta respondida precedentemente por el DEP².

² Vid. Respuesta consulta 8 (2009), Plazo de cese convivencia, ex-convivencia y parentesco sin hijos CONSULTA (8) 2009, en <https://decisia.lexum.com/dppc/cj/es/item/135411/index.do>

La violencia contra la mujer y su origen en la discriminación. La explicación de por qué el fiscal solicita aplicar la agravante del Art. 12 N° 21 CP.

Entendemos que la imputación fiscal agravada por la agravante del Art. 12 N° 21 del CP se debe a la causal de discriminación de “sexo” establecida en dicha disposición legal. Decimos que “entendemos” porque un primer error cometido por el fiscal a cargo es – justamente- que no señala ni fáctica ni jurídicamente el por qué de su decisión. Como la norma establece muchas causales de discriminación, quien la alegó debió haber dicho en cuál basaba su solicitud agravatoria, y los hechos en los que se demuestra dicha discriminación. Nada de eso aparece al menos en el APJO. Eso desde ya debería, por violación a distintas garantías procesales del imputado (debido proceso, defensa) hacer que la agravante no se aplique. Lo mismo ocurre, creemos con los hechos que configuran las calificantes argüidas, pues no aparecen mencionados en los hechos de la acusación³.

Ahora, como entendimos que la agravante de discriminación en que se sustentaría su aplicación es por sexo, haremos toda nuestra explicación sobre la base de la violencia contra la mujer. Así, como primera cuestión, más bien conceptual, es necesario aclarar que, en estricto rigor, las expresiones “violencia doméstica”, “violencia contra la mujer”, “violencia de género” y “violencia intrafamiliar” no son sinónimas. Por violencia doméstica entendemos aquellas conductas que se despliegan por una persona en contra de quienes viven bajo el mismo techo, sean jurídicamente familiares o no, y tampoco importando el sexo del agresor/a, ni del agredido/a. Por su parte, violencia intrafamiliar incluye aquellas conductas violentas que se ejercen por una persona (hombre o mujer) en contra de determinadas personas que se consideran parte de su familia, sean estos parientes o no, tampoco importando el sexo del agredido/a⁴. En otras palabras, las leyes que sancionan la

³ De hecho tampoco aparecen los hechos en que se basa la ex convivencia entre imputado y víctima, pero como no está acusado por un femicidio no nos haremos cargo de ello.

⁴ En relación a los sujetos pasivos enumerados en el Art. 5 de la Ley 20.066, vid. DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, Minuta del Departamento de Estudios 6/2005/Septiembre, “La nueva normativa contra la violencia intrafamiliar: ley que dicta normas de protección contra la violencia intrafamiliar (Ley N° 20.066) y Ley que crea los tribunales de familia (Ley N° 19.968)”, disponible en Lexdefensor; <https://decisia.lexum.com/dppc/cm/es/item/135668/index.do>. BARRIENTOS GRANDON, Javier, Informe en Derecho 01-2007 /Enero, “Sobre la noción de ‘conviviente’ utilizada en el artículo 390 del Código Penal”, en *Informes en Derecho. Doctrina procesal penal 2005-2006*, N° 3, diciembre de 2006, pp. 57- 92 y disponible en Lexdefensor; <https://decisia.lexum.com/dppc/cid/es/item/135544/index.do> y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, HERNÁNDEZ BASUALTO, Hécto. “La definición de convivencia en el art. 390 del código penal”, en *Informes en Derecho. Doctrina procesal penal 2011*, N° 8, en <https://biblio.dpp.cl/datafiles/6193-2.pdf>. En relación con los sujetos pasivos del delito de femicidio conforme a la Ley 20.480, ver CASTILLO ARA, Alejandra, “El Delito de Femicidio”, Minuta del Departamento de Estudios N°

violencia doméstica y la violencia intrafamiliar son leyes neutras en materia de género, tal como veremos. Finalmente, la violencia de género es aquella que ejercen los hombres en contra de las mujeres en razón de una posición históricamente desigual de poder dentro de la sociedad, por lo que, por un lado, se trata de leyes que reconocen asimetrías de poder entre sexos y, por otro, constatan la direccionalidad de género en este tipo de violencia, es decir, que la violencia de género es de hombres a mujeres y no de mujeres a hombres. Una manifestación de la violencia de género es la denominada “violencia conyugal”⁵.

Por otro lado, tampoco “sexo” y “género” son voces sinónimas. La primera se refiere a diferencias en las características biológicas, como disparidades anatómicas, fisiológicas, hormonales, etc., que distinguen a machos y hembras, mientras que “género” es una cuestión sobre cómo las diferentes culturas construyen roles que se les imponen a cada uno de los sexos y sobre cómo se representa socialmente lo “femenino” y lo “masculino”. En otras palabras, si bien la construcción de los géneros se basa en una distinción realizada sobre el sexo de los individuos, no son equivalentes.

De esta forma, cuando hablamos de “género” decimos que la sociedad asigna roles a cada uno de los sexos (a la mujer el de “dueña de casa”, “madre y esposa”, “ser para otros”, mientras que al hombre el de “proveedor”, “jefe de hogar” y “ser para sí”), les define espacios (a la mujer la esfera del cuidado, dentro de la casa, y al hombre la esfera pública, laboral y social), se generan estereotipos (se espera que la mujer sea dependiente, frágil, emocional, irracional y conciliadora, mientras que al hombre se le exige ser independiente, activo, fuerte, racional, lógico, líder y agresivo) y se construye una valoración social diferente de cada género, pues la mujer, en relación al hombre, es menos valorada socialmente, sus características tienen menor prestigio, acceden menos a puestos de poder y se les restringe la posibilidad de tomar decisiones⁶.

01/2011/Febrero, disponible en Lexdefensor.
<https://decisia.lexum.com/dppc/cm/es/item/135568/index.do>

⁵ Vid. LARRAIN HEIREMANS, Soledad, *Violencia puertas adentro. La mujer golpeada*, Santiago, 1994; CASAS BECERRA, Lidia et Al., *La defensa de casos de violencia intrafamiliar*, Santiago, 2007; y JIMÉNEZ ALLENDES, María Angélica y MEDINA GONZÁLEZ, Paula, *Violencia contra la pareja en la justicia penal. Mayores penas, mayor violencia*, Santiago, 2011, y la abundante bibliografía citada en estos textos.

⁶ En relación al concepto de género existe una frondosa literatura en todas las Ciencias Sociales, pero puede verse BOURDIEU, Pierre, *La dominación masculina*, Barcelona, 2007; MOORE, HENRIETTA L., *Antropología y feminismo*, Madrid, 2009; NOVALES ALQUÉZAR, María de Aránzazu, *Derecho antidiscriminatorio y género: Las premisas invisibles*, Santiago, 2004; CASAS BECERRA et Al., Ximena, *Defensa de mujeres en el nuevo sistema procesal penal*, DPP, Santiago, 2005 <https://biblio.dpp.cl/datafiles/320.pdf> ; y OLAVARRÍA A. et Al., Ana, *Evaluación de las*

Más allá de estas consideraciones conceptuales, tanto la Ley 20.066 fue pensada como una ley de violencia contra la mujer, no obstante que técnicamente no lo sea y que algunos de los institutos jurídicos que prevé sean de compleja aplicación a otros grupos que sufren violencia dentro de las familias⁷. Lo mismo ocurre con las anteriores leyes que han tipificado el femicidio en Chile (Ley 20.480 que estableció el delito de femicidio y modificó el Código Penal y la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar y la Ley 21.212 que modifica el Código Penal, el CPP y la Ley 18.216 en materia de tipificación del femicidio), pues tal como se dejó constancia en sus respectivas tramitaciones parlamentarias, la idea matriz o principal de las mociones parlamentaria “tienen como base sancionar el asesinato de una mujer, causada por una acción de extrema violencia en razón de su género”⁸.

Teniendo presente que en cuanto se les considera “ley de violencia de género” o “ley de violencia contra la mujer”, se sustentan teóricamente en la discriminación histórica en contra de la mujer, que es la que justifica la violencia ejercida por hombres en contra de mujeres.

Si se revisa la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁹, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, establece en su Art. 1° la definición de discriminación contra la mujer en los siguientes términos:

A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad

concepciones de género de los/as defensores/as penales públicos, DPP, Santiago, 2009 <https://biblio.dpp.cl/datafiles/4171-2.pdf> y, por supuesto, la literatura citada en estos textos.

⁷ En efecto, la Ley 20.066 incluye artículos que se entienden sólo en clave de género, como es la prohibición de acuerdos reparatorios (Art. 19) basada en una casi olvidado “ciclo de violencia contra la mujer” y que no aplica para, por ejemplo, la VIF ejercida por un varón adulto contra otro varón adulto o las agresiones cometidas por mujeres; la posibilidad del Sernameg de presentar querrela a nombre de la víctima mujer mayor de edad (Art. 20), posibilidad no prevista para los servicios encargados de dar protección a ciertos grupos y; que el Art. 4 establezca que es el Sernameg el encargado de establecer el plan nacional de acción para prevenir, erradicar y sancionar la VIF.

⁸ Vid. CÁMARA DE DIPUTADOS, “Informe de la Comisión de Familia recaído en dos proyectos que modifican el Código Penal y el Decreto Ley N°321, de 1925, para sancionar el femicidio, aumentar las penas aplicables a este delito, y modificar normas sobre parricidio”, en Historia de la Ley N° 20.480, p. 28.

⁹ Promulgada el 27 de octubre de 1989, mediante Decreto Supremo N° 789 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el que fue publicado en el Diario Oficial el 9 de diciembre de 1989.

del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Aunque en esta definición de la CEDAW no se señala que la discriminación contra la mujer es la base de la violencia que se ejerce en su contra, sí fue expresamente aclarado en la Recomendación General N° 19¹⁰ del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, denominada “La violencia contra la mujer”, que señala en diversos párrafos que la violencia contra las mujeres es un acto de discriminación, por ejemplo:

1. La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.

6. El artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia.

11. Las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzados, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación. El efecto de dicha violencia sobre su integridad física y mental es privarla del goce efectivo, el ejercicio y aun el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Si bien en esta observación se hace hincapié en la violencia real o las amenazas de violencia, sus consecuencias básicas contribuyen a mantener a la mujer subordinada, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y de oportunidades de empleo.

Dicho concepto, es decir la discriminación como causa de la violencia de género contra la mujer la repitió el Comité de la Cedaw en la reciente Observación General N° 35 de 26 de julio 2017, en la que señala:

10. El Comité considera que la violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus

¹⁰ Adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11° período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 84 (1994).

papeles estereotipados. En toda su labor, el Comité ha dejado claro que esa violencia constituye un grave obstáculo para el logro de la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y para el disfrute por parte de la mujer de sus derechos humanos y libertades fundamentales, consagrados en la Convención.

En el ámbito interamericano, la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* de 1994¹¹, más conocida como Convención de Belem do Parà declara expresamente en su preámbulo que la violencia contra la mujer se funda en la disparidad histórica de poder entre los sexos:

Afirmando que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades;

Preocupados porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres;

Convencidos de que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida...

De ahí que en su articulado se encuentren disposiciones como el Art. 4 que estatuye que “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley...”, o el Art. 6 que garantiza “El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”. En otras palabras, es evidente la conexión entre discriminación y violencia contra la mujer en la Convención de Belem do Parà.

Sobre la base de dicho cuerpo de derecho internacional, la Corte Interamericana ha señalado que la violencia contra la mujer tiene fundamento en la discriminación, tal como se lee en diversos párrafos de la sentencia recaída en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”). En particular la Corte destacó: “la Corte toma nota, en

¹¹ Adoptada en el Vigésimo Cuarto Período de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, el 9 de junio de 1994. En Chile fue promulgada mediante Decreto Supremo N° 1640 del Ministerio de Relaciones Exteriores del 23 de septiembre de 1998 y publicado en el Diario Oficial el 11 de noviembre del mismo año.

primer lugar, del reconocimiento del Estado con respecto a la situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez..., así como su señalamiento con respecto a que los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez ‘se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer’”, y más adelante insiste al señalar: “...el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente... es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”¹².

En el plano interno, la relación entre la violencia contra la mujer y su base en una discriminación histórica, no sólo se ve reflejada en el Art. 3 letra e) de la Ley 20.066 al establecer que Chile requiere adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Convención de Belem do Parà, sino también en su historia legislativa, en donde se dejó de manifiesto tanto en la moción parlamentaria que le dio origen¹³, como en la indicación sustitutiva del Ejecutivo¹⁴, finalmente discutida.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) contra México, sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párrs. 228 y 401. En relación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre las discriminaciones estructurales puede verse NASH R., Claudio y DAVID C., Valeska, “Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Derechos humanos y juicio justo*, NASH ROJAS, Claudio y MUJICA TORRES, Ignacio (Eds.), Lima, 2012, pp. 172-179.

¹³ “Moción de las Diputadas señoras María Antonieta Saa y Adriana Muñoz, por el cual inician un proyecto de ley que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativas a los actos de violencia intrafamiliar”, 7 de abril de 1999. Cuenta en Sesión 49, Legislatura 339”, en el que se señalaba: “De acuerdo al análisis de la información anterior, los aportes y deficiencias que se detectan en la ley y en aplicación son los siguientes: a) Aportes de la ley: ... 6. Consagración de modernas tendencias en derecho penal, procesar y criminología, por ejemplo: -Concepción de los derechos humanos, fin de todo tipo de discriminación y prevención de la violencia...”, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.066*, p. 6.

¹⁴ “Indicación sustitutiva al proyecto de ley que modifica la Ley n° 19.325, que establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar (Boletín N° 2318-18)”, de 30 de agosto de 2001, en el que se consignó: “Así, nuestro país es signatario de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer (1979) y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, Convención Belem do Parà (1994). En razón de esto, se han diseñado e implementado políticas que son el reflejo de los compromisos internacionales adquiridos... Así, hemos logrado una reforma constitucional que reconoce de manera explícita la igualdad entre el hombre y la mujer chilenos; hemos eliminado las arbitrarias diferencias existentes entre los hijos en razón a haber nacido dentro

Lo mismo ocurre con la Ley 20.480 en la que, durante su tramitación legislativa se puede observar claramente cómo distintos participantes expusieron que el femicidio era una de las formas más extremas de la discriminación contra la mujer¹⁵.

En consecuencia, no cabe duda que las consecuencias penales y procesales agravadas¹⁶ previstas en las leyes 20.066 y 20.480, cuando se tratan de actos en contra de una mujer, se deben a consideraciones basadas en la discriminación y desigualdad histórica de la mujer. Esta afirmación se basa tanto en derecho internacional de derechos humanos vigente en Chile, como en legislación interna.

No toda discriminación por sexo permite la agravación de la pena por el Art. 12 N° 21 CP. Los requisitos de la agravante.

En efecto, si bien la violencia contra la mujer tiene su origen en la discriminación histórica y estructural sufrida por dicho colectivo, la agravante del Art. 12 N° 21 CP ha sido delimitada en doctrina con límites precisos.

Así, Salinero establece que, considerando que la estructura de esta circunstancia modificatoria equivale a la de los delitos de odio, en materia de injusto subjetivo, se debe probar que existió una “*carga intencional adicional al mero conocimiento de la*

o fuera del matrimonio; hemos introducido modificaciones al ordenamiento penal en materia de abuso sexual; hemos presentado también un proyecto para la creación de los Tribunales de Familia. Asimismo, está en ejecución un Plan de Igualdad de Oportunidades entre hombres y Mujeres, que inició el año 2000 su segunda etapa y que se prolongará hasta el año 2010”, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.066*, p. 20.

¹⁵ Muy ilustrativas resultan las opiniones vertidas ante la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados por la Ministra del Sernam, o la de todos los expertos invitados a exponer a propósito del proyecto. Vid. “informe de la comisión de familia recaído en dos proyectos que modifican el Código Penal y el Decreto Ley N°321, de 1925, para sancionar el femicidio, aumentar las penas aplicables a este delito, y modificar normas sobre parricidio. Boletines N°s 4937-18 y 5308-18 (Refundidos)”, de 16 de abril de 2008, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.480*, pp. 61-85.

¹⁶ Sólo a modo ejemplar, me refiero, en materia procesal, a la imposibilidad de llegar a acuerdos reparatorios, la posibilidad de decretar medidas cautelares sin necesidad de formalización, obligatoriedad de decretar medidas accesorias como condiciones en una suspensión condicional del procedimiento y, en materia penal, a que las lesiones leves sean consideradas como menos graves, a que se hayan incluido más sujetos pasivos para tipificar el parricidio, las agravantes de los Arts. 368 bis y 400 del Código Penal, la tipificación del delito de femicidio, el cambio en las formas comisivas del delito de violación, o la eliminación de la excusa legal absoluta del Art. 489 en ciertos delitos de daños cometidos entre cónyuges.

conducta del tipo penal, la que la transforma en particularmente indeseable o en una actitud más reprochable del sujeto activo”¹⁷.

En segundo lugar, respecto del injusto objetivo, el mismo autor indica que “*se presenta una mayor peligrosidad o lesión del hecho y un ataque más extenso, existe un desvalor adicional del resultado que añade al injusto propio del delito realizado (delito base), la negación del principio de igualdad y, además, los efectos del delito van más allá del sujeto pasivo del delito, extendiéndose al colectivo al que éste pertenece y al resto de la comunidad”¹⁸. En consecuencia, el autor señala que “a diferencia de las víctimas de muchos otros actos criminales, en estos delitos las víctimas son seleccionadas sobre la base de lo que representan, en lugar de lo que son”¹⁹.*

Como tercer elemento a considerar, esta agravante requiere que “*la comunidad que comparte la característica de la víctima directa también puede tener miedo y sentirse intimidados*”²⁰.

Finalmente, la aplicación de esta agravante requiere que alteren el orden público y paz social, pues los delitos de odio, al menos, debieran ser un riesgo para estos bienes jurídicos²¹.

De ahí que para el mismo autor se yerra al sostener per se que el colectivo femenino ocupa una posición deficitaria y que tradicionalmente ha sido discriminada. Su equivocación radica en que generaliza y da por absoluta una situación que, si bien históricamente puede encontrar sustento empírico, en estos días es una argumentación prácticamente insostenible. La discusión en relación a la discriminación por una motivación de sexo, pudiese estar dada cuando concurre al respecto la agravante prevista en el artículo 12 N° 18 CPen., relativa a ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que la edad o sexo del ofendido mereciere, y ese es el factor determinante en la decisión de delinquir, (puesta así la hipótesis para que no nos encontremos en supuestos de inherencia del artículo 63 CPen.). A nuestro juicio, además del todo compleja la situación –a lo menos en su

¹⁷ SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, “La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLI (Valparaíso, Chile, 2013, 2do Semestre), p. 291.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ídem*, p. 292.

²⁰ *Ídem*, p. 294.

²¹ *Ibidem*.

esfera probatoria–, nos encontramos ante un supuesto de concurso aparente de leyes penales que debe ser resuelto conforme a sus principios²².

Estos requisitos han sido aceptados en la escasa jurisprudencia que se ha referido a esta disposición. Si bien con matices, la sentencia del TOP de San Bernardo de 7 de junio de 2018, en causa RUC 1.600.164.617-K, RIT 114-2018, sigue esta doctrina en su considerando 15°:

Que en el delito de homicidio perjudica a los sentenciados la agravante del artículo 12 N°21 del Código Penal, sobre esta agravante es importante señalar que con ella el derecho no pretende entrometerse en el fuero interno de las personas y sancionar una forma de pensar o pensamiento racista, sexista, homofóbico etc., lo que se condena es la exteriorización de tales sentimientos, ideas o pensamientos odiosos que seleccionan a la víctima sobre la base de lo que representan, negándose el desarrollo de su personalidad e impedir su derecho a la participación plena en la sociedad, enviando un mensaje a los miembros de la comunidad que comparten la característica del afectado que cualquiera de sus miembros podría ser un objetivo, enviándose un mensaje a toda la sociedad en el sentido que tales atentados obedecen a ciertas fuentes de inferioridad de las víctimas directas creando en la sociedad sentimientos de menosprecio. Para la configuración de la referida agravante se estimó por los sentenciadores que esta no se concreta por que se generó dentro de un contexto de agresión del momento, es decir, que los sentenciados Opazo Rondanelli y Altamirano Matus se hayan enfrascado con Marcela Parraguez y Marcelo Lepe, en una discusión y golpes en la vía pública donde se profirieron insultos homofóbicos a la víctima, y en el desarrollo de tales acciones se dio muerte al occiso, dado que se entiende que en el desarrollo de una pelea evidentemente se refieren diversos insultos y de distinta índole y calibre, pero este caso fue diferente, de la prueba rendida en juicio fue posible vislumbrar que **lo determinante y el motor de la agresión fue la condición sexual de la víctima** quien además en ocasiones se vestía de mujer, y las expresiones homofóbicas proferidas el día de los hechos no fueron lo que generó el móvil para darle muerte, **aquí lo que justifica la agravante, y la causa de la acción de Altamirano Matus y Opazo Rondanelli, fue la condición sexual de Marcelo Lepe, los acusados por relaciones de vecindad sabían y conocían con antelación su condición sexual la cual generaba en ellos la motivación para menoscabarlo con insultos de diverso calibre, siempre apuntados a su condición de transexual;** sobre este punto los testigos fueron claros al momento de señalar que los acusados sabían su condición sexual y que en ocasiones –fines de semana- se vestía de mujer, y permanentemente y tiempo antes de su muerte –meses- los encartados lo

²² Ídem, p. 301.

molestaban insultándolo con diversos improperios tales como “ándate de aquí maricón concha tu madre, maricón culiao, fumon soy puro weon” pero cuando se vestía de mujer los garabatos eran peores “anda a lavarte maricón cochino, tení el hoyo lleno de moco, concha tu madre, perro culio, maricón culiao te creí mujer y soy hombre, teni ma pico” además de escupirlo, y cuando le gritaban él bajaba la cabeza y seguía su camino, y evidentemente esto le afectaba, a veces lloraba, su cara cambiaba y se ponía triste, todo lo cual culminó el día de los hechos después de una pelea con frases como “ándate de aquí maricón concha tu madre te vamos a matarte a matarte”, “mata a ese maricón”, “presta pa ca, yo voy a matar a ese maricón culiao” siendo dirigidos los tiros hacia Marcelo Lepe y no en contra de Marcela Parraguez quien estaba a su lado, lo que no tiene lógica a menos que se interprete que **el objeto de molestia y odio era la víctima**, para considerar tal circunstancia se tomó en consideración lo dicho por Constanza Opazo quien mencionó que nunca tuvo problemas con la víctima, pero sí con su madre, problemas que se arrastraban de tiempo atrás con discusiones y peleas previas a la del día de los hechos, sin embargo, los garabatos, palabras amenazantes y disparos efectuados por los acusados fueron dirigidos en contra de Marcelo Lepe y no a Marcela Parraguez. Por estos fundamentos se acoge la agravante impetrada por los acusadores.

En definitiva, no basta que la víctima pertenezca a un colectivo discriminado, sino es necesaria la prueba de que el delito se cometió en atención a esa causa de discriminación.

En el mismo sentido se manifiestan Fornasari y Guzmán Dalbora: Y si se acepta el motivo discriminatorio, pero como significativo de un especial desvalor del resultado, no sólo privamos al móvil de la prioridad que le corresponde, sino que se violenta el tenor literal de la ley, punto de partida y límite de su interpretación. El elemento gramatical es inequívoco en el Código chileno "cometer el delito o participar en él motivado por"), más alambicado en la ley italiana "delitos cometidos con fines de discriminación o de odio étnico, nacional, racial o religioso"), porque ella mienta finalidades, las que difieren conceptual y psicológicamente de los motivos. Sin embargo, es psíquica y jurídicamente imposible perpetrar un delito teniendo la discriminación como fin. Avalan nuestro aserto el carácter transitivo del verbo que subyace al sustantivo, discriminar, y la constatación sistemática de que la legislación italiana reviste a menudo los motivos con expresiones o partículas diferentes, como "causa", "por" y otras todavía. Por último, si la discriminación cumpliera el improbable papel de finalidad, no un motivo, pasaría a ser elemento subjetivo del tipo de la agravante y, al mismo tiempo, componente psíquico de la antijuridicidad, conclusión a que se opone el carácter netamente objetivo de lo

Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

injusto en el Código peninsular²³. Insisten Fornasari y Guzmán en cuanto en cuanto a la objetividad de la agravante del Art. 12 N° 21 cuando dicen:

El alegato del carácter "subjetivo" de una circunstancia para la que importa únicamente el motivo que decidió al hechor, es infundado. La agravante contiene elementos claramente "objetivos", que se expresan en los atributos o cualidades que tienen que colmar las víctimas por su edad, sexo, nacionalidad, etc. Además, en la teoría del delito hay que manejar con cuidado sumo la contraposición objetivo o subjetivo, una dicotomía gnoseológica que introduce escisiones artificiales en la realidad. Ninguna agravante, ni las que responden a motivaciones ni las basadas en circunstancias externas, escapa a la interacción de elementos objetivos y subjetivos. La improcedencia de la agravación putativa es corroborada por la única disposición del Libro I del Código que se ocupa del error. Si el mal recayó en una persona distinta de la que el culpable se propuso ofender, no se tomará en cuenta las circunstancias, desconocidas por él, que agravarían su responsabilidad artículo 1º, párrafo tercero)²⁴.

En este sentido, la concreción de la estructura de los delitos de odio en los delitos de violencia de género contra la mujer, se manifiestan claramente en el Art. 390 ter CP introducido por la Ley 21.212, que, aunque no es aplicable al caso sub lite, sí indican con mayor detalle qué se entiende por violencia contra la mujer en los delitos contra la vida. De esta forma, si lo que la parte acusadora pretende configurar la agravante de discriminación, debiera acreditar circunstancias equivalentes a dichas circunstancias.

Eventual colisión con el principio *non bis in idem* y el principio de inherencia.

Si bien, como ya señalamos, no se describieron los hechos por los cuales se consideran subsumidas las circunstancias del Art. 391 CP que se alegan para que se castigue el hecho como homicidio calificado (y eso ya es una vulneración a principios fundamentales del proceso penal), especialmente los hechos en los que se podrían fundar las circunstancias 1ª (alevosía), y 5ª (premeditación conocida) podrían ser fácticamente equivalentes o idénticas a los hechos que sustenten la

²³ FORNASARI, Gabriele y GUZMÁN DALBORA, José Luis, "La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia", en: Revista de Ciencias Penales, Volumen XLII, cita Online: CL/DOC/375/2016, pp. 7-8.

²⁴ Ídem, p. 12.

agravante de discriminación, y de ahí proscritas por aplicación del Art. 63 CP y el principio de inherencia²⁵, que es una derivación de la garantía de *non bis in idem*²⁶.



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

²⁵ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial; Tomo II; Segunda Edición Actualizada; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2006, p. 513 y 515. Por otro lado, en relación con la vinculación entre la agravante del Art. 12 N° 21 CP, el Art. 63 CP y los delitos del nuevo Art. 390 ter CP, véase: SALAS, Jaime, “Algunos comentarios a la Ley N° 21.212 en materia de tipificación del femicidio”, disponible en <http://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/24865-profesor-jaime-salas-algunos-comentarios-a-la-ley-n-21-212-en-materia-de-tipificacion-del-femicidio>

²⁶ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “El principio *ne bis in idem* en el Derecho penal chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 15, año 2011, p. 142, <https://biblio.dpp.cl/datafiles/6602-2.pdf> quien indica que este principio en materia penal es una concreción de la prohibición de exceso, derivada del principio general de proporcionalidad.