

CUESTIONARIO TERCERA COMISIÓN DE ESTUDIO 2017

Santiago de Chile

"La Sentencia de Delincuentes Penales".

Aclaración: actualmente rige el Código del Proceso Penal aprobado por dec-ley n° 15.032 del 7 de julio de 1980 que consagra un sistema inquisitivo de forma escrita, donde los ejes del proceso eran: verdad histórica y punición.

La ley 19.293 de 19 de diciembre de 2014, cambia el sistema del proceso penal a un modelo acusatorio (acorde con la directiva constitucional) con juicio oral, que entrará en vigencia el 1° de noviembre (hacia el futuro).

Sus ejes: solución del conflicto y reconocimiento de la imposibilidad de perseguir todos los delitos.

Las respuestas contemplarán los dos regímenes.

1- ...¿puede una víctima participar en el enjuiciamiento de un delincuente, no como testigo sino como parte?

En el proceso vigente, de acuerdo con los arts. 80 y 83 (en la redacción de la ley 19.196 de 25 de marzo de 2014), la víctima puede intervenir en el llamado presumario (investigación preliminar a cargo del Juez y la Fiscalía, con limitada intervención de la Defensa) y en el sumario; pero en ningún caso tiene la calidad de parte.

Donde la víctima tiene sí esa calidad es en el proceso extraordinario por audiencia establecido por ley especial para denuncias de difamación o injurias a través de los medios de comunicación, donde el ofendido puede convertirse en acusador privado, si la Fiscalía pide el sobreseimiento.

Las facultades que se confieren a la víctima son las de comparecer y proponer prueba para la acreditación del delito y asignación de responsabilidad al culpable.

En el proceso a regir, se consagran mayores facultades a la víctima y ésta puede comparecer en las audiencias, **pero tampoco es parte,** salvo en la excepción referida recién.

Como la *querrela* no está consagrada, de principio se interpreta que la actuación de la víctima será la de tercero coadyuvante con la Fiscalía, a la que podrá proporcionar elementos de prueba para que los haga valer.

2- ¿Puede una víctima tener su propio abogado, y puede ese abogado ayudar al fiscal?

En el proceso vigente, fuera del de estructura extraordinaria y por audiencias referido *ut supra*, la víctima **puede** comparecer con el patrocinio de abogado. Como se dijo, tiene la facultad de proponer prueba al tribunal, pero nada impide que facilite información al Fiscal.

En el proceso a regir, la comparecencia prevista para la víctima en cualquier etapa del proceso, **exige** asistencia letrada. No está prevista expresamente la oportunidad donde puede ofrecer prueba, por lo que en principio se entiende que, dada su posición coadyuvante con la Fiscalía, le podrá proporcionar información para la investigación y medios de prueba que ésta puede presentar para el juicio.

3- Si la víctima sufrió lesiones como resultado del crimen, ¿puede el juez ordenar que el delincuente pague a la víctima por gastos médicos, daños a la propiedad, angustia emocional o salarios perdidos? Si el juez puede ordenar tal restitución, ¿quién decide cuánto? ¿Es el juez o un jurado o un panel de jueces?

En el proceso vigente, se consagra la independencia de la acción penal y civil emergente del delito (art. 25 C.P.P.). Significa que la reparación material del daño sufrido como consecuencia del delito debe reclamarse en sede civil. El juez penal no tiene competencia para ordenar dicha reparación; sí la tiene para adoptar medidas cautelares sobre los bienes del encausado.

Sin perjuicio de ello, la Ley 17.726 establece como una de las medidas alternativas a la prisión, la reparación del daño, por lo cual el juez podrá disponerla, con el consentimiento del encausado.

En el proceso a regir a partir de noviembre se mantiene la independencia entre la acción civil y penal. El juez penal no tiene competencia para ordenar la reparación del daño, ni para estimarlo.

Sin embargo, el nuevo sistema introduce vías alternativas de solución al conflicto penal, como la suspensión condicional del proceso y los acuerdos reparatorios, en los cuales se habilitan acuerdos entre Fiscal e imputado o entre víctima e imputado, por los cuales éste se obligue a reparar el daño ocasionado a la víctima.

La posibilidad de estos acuerdos es limitada.

4- ¿Es obligatorio para el juez otorgar la restitución a la víctima, incluso si el caso se vuelve muy complicado como resultado? ¿O puede el juez negarse a otorgar la restitución, forzando así a la víctima a presentar una demanda separada contra el criminal?

Tanto en el régimen vigente como el nuevo, el juez no tiene competencia para disponer la reparación del daño a la víctima; ésta deberá promover la acción en sede civil.

5- Si se le otorga la restitución a la víctima, ¿cómo se puede hacer cumplir el laudo? ¿Y si el criminal no paga? ¿Qué pasa si el criminal no puede pagar?

El juez no tiene competencia para ordenar la reparación a la víctima, por lo cual no se plantea la hipótesis de la ejecución de esa resolución.

En el proceso penal a regir a partir de noviembre de 2017, la reparación puede acordarse con el Fiscal o con la víctima y determina la suspensión del proceso hasta el cumplimiento del acuerdo. En caso de incumplimiento, se dispone la continuación del proceso penal suspendido.

6- ¿Su país tiene sanciones obligatorias, donde el juez no tiene discreción? ¿Qué tipos de casos? ¿Hay maneras en que los litigantes pueden derrotar una sanción obligatoria?

Aclaración: nuestra tradición o cultura jurídica es de corte continental y legicentrista, al punto que se nos hizo difícil entender el sentido y contexto de la pregunta.

Los delitos tiene asignada una pena legal principal (generalmente, privativa de libertad) que va de un mínimo a un máximo temporal (la distancia suele ser grande).

No obstante, se da la paradoja que una misma magnitud temporal, a veces es regulada como pena de prisión (24 meses) y otras, como pena de penitenciaría (2 años).

En el proceso actual, la prisión preventiva es en esos casos preceptiva, así como inexcusable todos los delitos donde la ley prevé una sanción mínima de dos años de penitenciaría en adelante. O sea, todo delito con ese mínimo, funciona como pena anticipada.

Naturalmente, Uruguay tiene un índice de presos sin condena sumamente elevado (60%); por lo que ha sido observado por la Comisión Interamericana de DDHH.

Como contrapartida, cuando se procesa sin prisión porque la ley castiga el delito imputado con mínimo de 24 meses (o menos), de prisión, y no se trata de reincidente ni reiterante, o se procesa con prisión pero luego se excarcela (porque la ley castiga el delito imputado con mínimo de 24 meses de prisión o menos), el condenado no va a la cárcel a cumplir "saldo de pena".

Sólo dentro de esos guarismos mínimo y máximo, y en función del requerido por el Fiscal (que no es posible superar), el juez tiene discrecionalidad para la pena.

En determinados delitos (por ej. delitos contra la Administración) está consagrada la obligatoriedad de penas accesorias (inhabilitación para ejercer un cargo público), cuyo *quantum* es determinado en concreto por el juez. Lo mismo sucede con las medidas de seguridad eliminativas o curativas, en caso de solicitarse por el Fiscal.

El límite máximo está dado por la acusación: la pena impuesta por el juez no podrá superar la requerida por el fiscal, salvo el supuesto caso de que la pena solicitada sea inferior al mínimo legal.

El mínimo solo está limitado por la ley: el juez puede condenar a menos de lo solicitado, pero nunca a pena inferior al mínimo abstracto establecido por la ley. No se admite (ni concibe) la discrecionalidad del juez para fijar una pena inferior al mínimo legal abstracto.

No existen sanciones donde el juez y los litigantes tengan discrecionalidad para dejar de lado ("derrotar") una sanción obligatoria, fuera del caso de proceso extraordinario por difamación o injurias a través de los

medios de comunicación, donde los litigantes pueden acordar ponerle fin sin sanción.

El proceso a regir abandona el sistema de prisión preventiva como anticipo de pena (será excepción y no regla, ya no habrá delitos inexcusables), no será posible corregir la pena solicitada por debajo del mínimo y en el proceso abreviado será posible acordar una pena privativa de libertad inferior al mínimo legal abstracto.

7) ¿Es posible resolver los casos penales por acuerdo entre el fiscal y el criminal? ¿Es esto común? ¿Qué papel juega el juez? ¿El arreglo de casos penales es una buena cosa, o no?

En el proceso vigente, no es posible resolver casos por acuerdo entre los litigantes, **fuera de los casos de delación o denuncia de bienes en investigaciones por Lavado de activos**. Hasta no hace mucho, la sola posibilidad era rechazada, en virtud de nuestra tradición inquisitiva.

El proceso a regir consagra el proceso abreviado: en los casos habilitados por la norma, se admiten acuerdos entre fiscal e imputado debidamente asistido de defensor.

En dichos acuerdos, el imputado admite los hechos y los antecedentes del caso que relevó el Fiscal, y como contrapartida, éste requerirá una pena menor a la que pediría en ausencia de tal acuerdo. **Esa disminución puede ser hasta un tercio de la pena que hubiera requerido para el caso concreto; y existe consenso que permitiría llegarse a una pena inferior al mínimo legal abstracto del delito.**

El juez se limita en principio a un contralor de admisibilidad. Si admite el acuerdo, dictará sentencia, que puede llegar a ser de contenido absolutorio.

Existe debate sobre la utilización del abreviado, como consenso respecto a que sin él, el sistema colapsaría.

8) Casos ficticios (según el régimen actual)

Desfalco

El delincuente es una mujer de 43 años, casada y con 4 hijos, uno de los cuales tiene cáncer. Ella tiene un título universitario, no hay problemas mentales o de abuso de drogas, y no hay actividad criminal previa. Ella fue empleada como gerente de oficina; Llevar un registro de los registros financieros, estados de cuenta de tarjetas de crédito, etc. con la autoridad para hacer gastos de negocios en una tarjeta de crédito y para escribir cheques. Usó la tarjeta de crédito de la empresa para pagar por artículos personales y escribió cheques de negocios para sí misma.

En total, ella malversó \$ 215.265 dólares.

¿Tiene alguna diferencia si utilizó el dinero que tomó para apostar en un casino local?

No. Sería irrelevante, salvo que se comprobara que la acusada es portadora de un trastorno de conducta (adicción, ludopatía), lo que podría llevar a su valoración como atenuante de la pena.

¿Tiene alguna diferencia si utiliza el dinero que ha tomado para pagar los gastos médicos de su hijo enfermo?

Del punto de vista de la tipicidad, no. Es probable que haya una diferente valoración sobre el elemento subjetivo y eventualmente, podría debatirse si medió una causa de justificación.

¿Qué sanción debe recibir? ¿Tendría que pagar el dinero, incluso si es pobre?

No existe concepto de justicia restaurativa, por lo que sea la imputada, rica o pobre, la restitución del dinero no sería una opción.

Si el mínimo legal abstracto previsto para el delito correspondiente, permitiera un procesamiento sin prisión, o

excarcelarla luego de procesarla con prisión, la única sanción sería el tiempo de detención o prisión preventiva, porque recaída condena, no sería privada de libertad.

Si ese mínimo legal abstracto no permitiera el procesamiento sin prisión ni el excarcelamiento, la sanción penal en nuestro país sería privativa de libertad o una condena a libertad vigilada.

En el régimen nuevo, la magnitud de la pena mínima del delito tipificable, habilitaría una salida alternativa que involucre la reparación. Pero en el proceso nuevo, y menos en el actual, el juez penal no puede ordenar la restitución del dinero (reparación del daño a manera de pena).

Posesión del arma

Un varón de 37 años, casado, con un niño pequeño, tiene cierta educación pero ningún grado universitario. Es un conductor de camiones. Tiene antecedentes de abuso de pastillas recetadas. Ha sido previamente condenado por tráfico de drogas, secuestro y agresión a su cónyuge. Como resultado de estos crímenes, la ley no le permite comprar ni poseer un arma. Consigue que su esposa le compre un arma ilegalmente. Cuando la policía lo arresta y busca su casa, encuentran que tiene 10 armas.

¿Cuál sería una sanción apropiada para este criminal?

El caso planteado encuadra en el art. 9 de la ley n° 19.247 del 15 de agosto de 2014, el que tipifica en su artículo 9 el delito de tráfico interno de armas disponiendo: *"El que de cualquier modo adquiriere o recibiere a título oneroso o gratuito, arrendare, distribuyere, diere o tuviere en depósito, fabricare, armare, ensamblare, adulterare o vendiere armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, sin autorización o contraviniendo las normas legales, será castigado con una pena de seis meses de prisión a seis años de penitenciaría"*.

La pena dependerá de lo que solicite el Fiscal dentro de ese espacio, que como se ve, es amplio.

Distribución de Pornografía Infantil

Un muchacho de 17 años que va a la universidad. No tiene infracciones anteriores. Viene de una familia normal. Ambos padres están trabajando. Los hermanos no tienen registros de crímenes anteriores. El chico tenía una novia que durante su relación le envía una foto desnuda. La novia tiene 16 años en el momento en que se toma la fotografía. El niño ha mantenido la imagen sin ninguna razón en particular. No ha pedido su consentimiento para conservar el cuadro. El chico es invitado por algunos de sus amigos a unirse a un grupo de Facebook. El grupo intercambia fotos de chicas. Las fotos son todas de carácter pornográfico. El chico ofrece su foto de su ex-novia al grupo- una vez más sin pedir el consentimiento de las niñas. A cambio recibe 50 cuadros similares pero de otro para él niñas desconocidas. Ninguna de estas chicas ha dado su consentimiento para el intercambio de fotos. El muchacho ahora tiene una colección fina de cuadros. Los otros muchachos en grupo se hacen más y más sofisticados y ahora no se trata de tener fotos pero tener imagen de una serie de chicas de diferente nacionalidad, o las niñas con todo tipo de colores de pelo, etc. El niño carece de una imagen de una niña con el pelo largo en su colección por qué él al Facebookgroup ofrece cinco fotos de chicas desnudas a cambio de Una imagen desnuda de una chica con el pelo largo. El grupo facebook ahora tiene más cientos de usuarios y muchas de las imágenes se distribuyen a otros grupos de facebook y páginas de inicio aquí entre las páginas web ubicadas en Rusia. No es posible borrar imágenes de Internet por más tiempo. Esta es la situación cuando es arrestado por la policía.

No están incluidas las preguntas relativas al caso planteado. El presunto autor sería adolescente (17 años) y la responsabilidad penal (con las características señaladas en las respuestas anteriores) comienza a los 18 años.

Distribución de imágenes desnudas de un adulto

Un hombre a la edad de 45 años. No tiene frases anteriores. Tiene dos hijos con dos mujeres diferentes. Ambos niños son menores de edad. Uno de los niños vive en su casa. El otro niño está viviendo con su madre de quien el hombre se divorció recientemente. Se divorciaron porque le era infiel. El divorcio había sido doloroso y él perdió su trabajo en

progreso. La madre ahora está viviendo con un hombre nuevo y está sabotando su acceso al niño que él normalmente tiene cada segundo fin de semana. Ella siente que es inquietante para la familia que ella está tratando de hacer con su nuevo novio. Por lo tanto, el hombre no ha visto a su hijo en varios meses. El caso se ha llevado a los tribunales, pero el hombre sigue frustrado y siente que no están llegando a ninguna parte. Una noche, cuando está sentado solo en casa y ha tenido demasiado para beber, está mirando las fotos de los viejos tiempos en la computadora. Encuentra una vieja foto que fue tomada cuando su relación era nueva. En la imagen se puede ver un poco de mordedura del hombre - que se expone en un espejo y se puede ver que él es el que está tomando la fotografía. Frente a la imagen está la esposa - ella está en su desnudo y ella está realizando un baile orientado sexual para el hombre. Para obtener incluso con la esposa por ser infiel a él y por no dejarle ver a su hijo decide en su borrachera para subir la imagen en Internet y enviar la imagen a todas las personas que conocen a la esposa y su nuevo amigo. Debajo de la foto escribe que esta es una foto de pereza y una prostituta y que hará todo por dinero. También escribe su número de teléfono y establece algunos precios para los diferentes servicios que ella puede proporcionar - todo de naturaleza sexual. Al día siguiente cuando se pone sobrio se arrepiente de sus acciones y trata de eliminar la imagen, pero ya ha sido visto por más personas y la esposa ha recibido más llamadas telefónicas de los hombres que quieren comprar un servicio de ella, sino también algunos correos de odio de Mujeres en el vecindario. Esta es la situación cuando es arrestado por la policía.

No están incluidas en el cuestionario, las preguntas relativas al caso planteado.

Robo

El acusado es un hombre sano, soltero de 24 años, que vive solo, procedente de un país pobre y que permanece ilegalmente en el país. Como miembro de una pandilla, cometió **37 robos en casas y apartamentos**. Robaron dinero, joyas y dispositivos electrónicos equivalentes a 180.000 € y causaron daños de 405.000 euros. Hace 4 años, fue condenado por robo y tráfico de drogas (1 kg de marihuana).

***¿Cuál sería una sanción apropiada para este criminal?
¿Haría alguna diferencia si en algunos casos los residentes de las casas o apartamentos estuvieran en casa pero no notaran el robo? ¿Tendría alguna diferencia si el acusado llevaba una pistola cargada?***

El caso sería Hurto (art. 340 del C.P.), cuya pena legal va de un mínimo de tres meses de prisión a un máximo de seis años de penitenciaría.

La responsabilidad del autor estaría agravada por la penetración domiciliaria, el portar arma de fuego, la pluriparticipación y la reincidencia (art. 341 n° 1, 2 y 4 y art. 48 n° 1 del C.P.). Las tres primeras agravantes son específicas del delito (la última es genérica y refiere al autor) elevan el mínimo a 12 meses y el máximo a 8 años.

La penetración domiciliaria se computa con independencia de que los moradores estén o no.

Llevar arma consigo se computa aun cuando no se haga uso de ella, pero si se demuestra que no estaba cargada o no funcionaba, la agravante podría no llegar a computarse.

De todas maneras, alcanza el concurso de una de las agravantes específicas para el incremento de pena mencionado, en sus guarismos mínimo y máximo, preceptivo.

