

SENTENCIA EN RECURSO DE NULIDAD SOBRE APLICACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL (CORTE SUPREMA)

*Comentario de Juan Bautista Rodríguez Ruiz**

Santiago, diez de septiembre de dos mil tres.

VISTOS:

En procedimiento del Tribunal del Juicio en lo Penal de Villarrica, Rol Único 0200147324-K, Rol Interno del Tribunal 13/203, el Fiscal Adjunto don Francisco Ljubetic Romero acusa a Mauricio Eugenio Monsalves Cerda por el delito de violación por vía vaginal y robo con intimidación cometido el 10 de diciembre de 2002 en el sector Playa Blanca del lago Villarrica. A la acusación en relación con el delito de violación se adhirió el SENAME IX Región por medio de su abogado don Jaime Saldivia Palacios. Por sentencia de fecha 30 de junio de 2003 el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, integrado por los Magistrados Erasmo Sepúlveda Vidal, Oscar Luis Viñuela Aller y Viviana Loreto Ibarra Mendoza, condenó a Mauricio Eugenio Monsalves Cerda a la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias y costas de la causa, como autor del delito de robo con violación perpetrado mediante el robo en grado de consumado de especies de la menor de

iniciales V.R.A. y de tentativa en perjuicio de las menores P.S.U. y J.B.R. y de violación en perjuicio de la menor de iniciales P.S.U. sancionado por el artículo 433 N 1 del Código Penal. Contra este fallo el Defensor Público don Carlos Mora Jano, en representación del acusado, dedujo recurso de nulidad fundado en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal en relación con el artículo 37 letra b) de la Convención de los Derechos del Niño y Resolución de las Naciones Unidas –Reglas Beijing– Punto 17 N 1 letra a) y en la 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación con las mismas normas antes referidas; y, subsidiariamente, reclama infracción de esta causal en relación con el artículo 433 del Código Penal. Concedido el recurso por el Tribunal a quo se elevaron copias del Auto de Apertura de Juicio Oral, de la sentencia definitiva y del recurso de nulidad. En esta Corte Suprema comparecieron el Ministerio Público en defensa del imputado; declarado admisible el recurso y, luego de vencido el término contemplado en el artículo 382 del antes citado código, se dispuso como fecha de la audiencia pública el día 21 de agosto recién pasado, la que se verificó, escuchándose los argumentos del recurrente como los del Ministerio Público, con las réplicas del caso, lo que se dejó constancia en el registro. Terminada la vista de la causa que-

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.

dó en acuerdo y se citó a las partes para la lectura del fallo para el 10 de septiembre a las doce horas.

Teniendo presente:

PRIMERO. Que la primera causal de nulidad fundada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal se hace consistir en que la sentencia ha infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes y, en concreto, el artículo 37 letra b) de la Convención de Derechos del Niño según el cual “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la Ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. Se sostiene que en el caso de autos y de acuerdo al artículo 72 del Código Penal la privación mínima de libertad es la de 5 años y un día y no la impuesta de 10 años. Se aduce también que en el punto 17 N 1 letra b) de la Resolución de la Naciones Unidas sobre reglas mínimas de la administración de justicia de Menores (Reglas de Beijing) se señala que “Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible”. Afirma el recurrente que, si bien el artículo 69 del Código Penal faculta al sentenciador para atender la mayor o menor extensión del mal, ésta queda restringida por la norma invocada de la Convención de los Derechos del Niño, y solicita se acoja el recurso de nulidad y se dicte la sentencia de reemplazo anulándose el juicio oral y la sentencia al infringirse garantías aseguradas en tratados internacionales o la sentencia por haberse impuesto en ella una pena superior a la que corresponde. Se invoca

también como causal de nulidad la contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por cuanto en la sentencia se ha hecho una errada aplicación del derecho que ha influido en lo dispositivo del fallo, al infringir la norma del artículo 37 letra b) de la Convención de Derechos del Niño, esgrimiendo los mismos argumentos desarrollados para justificar la infracción de la letra a) del mismo artículo, solicitando la anulación de la sentencia por haberse aplicado una pena mayor a la que corresponde.

SEGUNDO. Subsidiariamente se alega la causal del artículo 373 letra b), esta vez en relación con el artículo 433 del Código Penal en atención a que los hechos que se tienen por acreditados no cumplen con ninguna de las hipótesis que señala la norma penal ya que para que exista el delito de robo con violación debe existir coetaneidad entre ambas ejecuciones en el ámbito temporal y si ambos actos ilícitos se ejecutan alejados uno del otro se está en presencia de un concurso real y no de un delito complejo. Habiendo sancionado al acusado como autor de robo con violación se le ha aplicado una pena mayor a la que correspondía de ser sancionado por robo con intimidación y violación según los artículos 436 y 361 del Código Penal.

TERCERO. Que según pretende la parte recurrente la norma invocada de la Convención Sobre Los Derechos del Niño constituiría un derecho del acusado y, por tanto, su infracción acarrearía la nulidad de la sentencia que infrinja dicho derecho. A juicio de este Tribunal, la norma que se dice violada es una norma programática, es decir, que declara una tendencia y que los Estados Partes deberán considerar en su legislación interna.

CUARTO. Que no es aventurado sostener que la norma en estudio tiene aplicación efectiva en el período de investigación, de detención o prisión preventiva, período en que se puede velar porque se desarrolle “durante el período más breve”. El artículo 40 letra b) de la Convención Sobre Los Derechos del Niño establece el que debe garantizarse a todo niño “del que se alegue que ha infringido las leyes penales” la presunción de inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley, el ser informado sin demora de los cargos que pesan contra él, el disponer la asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa, el que la causa sea dirimida sin demora, medidas estas que dicen directa relación con el período de prisión preventiva.

QUINTO. Que el carácter programático de las llamadas Reglas de Beijing queda en claro en su Punto 2.3 cuando sugiere la necesidad de dictar o adecuar la legislación nacional a fin de aplicar en la mejor forma la aplicación de las normas mínimas contenidas en dichas reglas. Así se desprende también del propio artículo 37, y que se inicia diciendo: “Los Estados Partes velarán porque” y velar es “cuidar solícitamente de una cosa” (Diccionario Real Academia de la Lengua) lo que contrasta con un carácter imperativo; la misma disposición en análisis en su letra b) termina diciendo que la privación de la libertad de un niño será por “el período más breve que proceda”, es decir, conforme a derecho, y para el caso de autos conforme a nuestra legislación interna.

SEXTO. Que el Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica ha hecho una correcta aplicación de la ley al determinar la cuantía de la pena aplicada al acusado. En

efecto; el robo con violación, que da por establecido la sentencia, está sancionado en el artículo 433 N 1 del Código Penal con presidio mayor en su grado medio (de diez años y un día a quince años a presidio perpetuo calificado) y atendiendo la calidad de menor del autor, aplicó la norma del artículo 72 del mismo cuerpo legal al imponerle “la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable”, o sea, el “mínimo” aplicable al delito fue reducido en un grado, es decir, a la pena de presidio mayor en su grado mínimo (cinco años y un día a diez años). El Tribunal, de acuerdo con la norma aplicable para fijar la cuantía en este grado, contenida en el artículo 69 del Código Penal, atenderá “a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”.

SEPTIMO. Que esta última norma de nuestra legislación penal no está en contra de los tratados internacionales invocados en el recurso ya que ellos, según el Preámbulo de la Convención Sobre Los Derechos del Niño “se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Por su parte en las Reglas de Beijing en el Punto 17 Principios rectores de la sentencia y la resolución establece “17.1 La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad”.

OCTAVO. Que con la violación se fuerza y agrede con violencia la intimidad sexual de una persona, lesiona profundamente el

derecho de cada uno al respeto, a la libertad, a la integridad física y moral, produce un daño que puede marcar a la víctima para toda la vida, por lo que es un delito gravísimo. El Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica, como lo hace presente en el fundamento duodécimo, para determinar la pena ha tomado en consideración la extensión del mal causado a la menor violada, lo que deja constancia en el fundamento sexto, y la minoría de edad de todas las víctimas, ajustándose así a la facultad que le concede el artículo 69 del Código Penal.

NOVENO. Que en cuanto a la causal alegada subsidiariamente, esto es, el haberse condenado al acusado a la pena contemplada en el artículo 433 N 1 del Código Penal en circunstancias que no se reúne el requisito de coetaneidad entre la ejecución del robo y la violación y con ello la aplicación de una pena más grave a la que correspondía si se le hubiere sancionado por el delito de robo con intimidación y el de violación, concurso real, cuya pena se establece en los artículos 436 y 361 del Código Penal, con lo que se ha incurrido en la causal invocada. Esta alegación del recurrente de falta de coetaneidad entre el robo y la violación carece de fundamento fáctico al ir en contra de los hechos establecidos en la causa. En efecto; en el considerando séptimo del fallo recurrido se dan por establecidos los hechos y luego de referirse al delito de robo con intimidación se lee: “Acto seguido el primero (Mauricio Eugenio Monsalves Cerda) obligó a las menores V.R.A. y J.B.R. a quitarse sus trajes de baño y entrar al lago, lo mismo hizo con la menor P.S.U, quien se cubrió sólo con una toalla, a quien trasladó a un sector aledaño, donde procedió a intimidarla con un arma blanca, logrando accederla

carnalmente, vía vaginal, mediante penetración y eyaculación total en su interior, huyendo posteriormente del lugar”. En el considerando octavo el Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica concluye, más allá de toda duda razonable, que el acusado ejecutó el delito de robo con intimidación y con ocasión del mismo procedió a violar a la ofendida P.S.U. y “que todo ocurrió en un mismo hecho en un orden lógico sin interrupciones, entendiéndose claramente que con ocasión del robo se cometió la violación”.

Por las razones antes expuestas y lo que disponen los artículos 258, 360, 372 y 384 del Código Procesal Penal se rechaza el recurso de nulidad deducido por Carlos Mora Jano, Defensor Penal Público, en representación de Mauricio Eugenio Monsalves Cerda en contra de la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, de fecha treinta de junio del año dos mil tres, la que no es nula.

Regístrese y devuélvase. Redacción del Abogado Integrante Fernando Castro A.

Rol N 2837-03.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. Alberto Chaigneau, Enrique Cury, Milton Juica, José Luis Pérez y abogada integrante Luz María Jordan.

COMENTARIO

Este recurso de nulidad se funda en las causales letras a) y b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, citadas en dos alegaciones subsidiarias, según da cuenta la sentencia en sus considerandos primero y segundo. Respecto de la primera

alegación de nulidad del juicio oral, es interesante hacer algunas reflexiones.

El Tribunal sostiene que las normas internacionales en que el actor funda el recurso son normas meramente programáticas, que declara una tendencia y que los Estados partes deberán considerar en su legislación interna.

Esta resolución me parece lamentable y desafortunada atendiendo las siguientes líneas argumentativas.

En primer lugar, más allá de las teorías que explican la recepción del derecho internacional en el ordenamiento interno,¹ Chile tiene norma constitucional expresa al respecto. Con la modificación de 1989, el artículo 5 inciso segundo de la Carta Fundamental incorpora los derechos esenciales de la naturaleza humana a la Constitución material. En tanto los derechos humanos limitan la soberanía del Estado –soberanía que tiene un carácter eminentemente normativo–, el ordenamiento interno está restringido por estos derechos fundamentales.²

En consecuencia, las normas nacionales que choquen con las emanadas de los derechos esenciales, son inconstitucionales.

¹ Las teorías dualista y monista explicadas por Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Técno, Madrid, 2001, p. 194, entregan argumentos de discusión sobre la recepción del Derecho Internacional en el ordenamiento interno.

² El profesor Kamel Cazor Aliste se refiere *in extenso* a este punto, sosteniendo que la noción de soberanía es una categoría normativa, es decir, que está en relación con la legitimidad del poder y con la validez del derecho, en consecuencia, la validez del derecho interno estatal encuentra su limitación en los tratados internacionales sobre derechos humanos (*Fundamentos constitucionales del nuevo sistema procesal penal*, material inédito, 2003, Universidad Austral de Chile, p. 13)

Además, como es sabido, el legislador del Código Procesal Penal, fundamentando sus normas en los Tratados Internacionales, insiste en el artículo 373 que causa nulidad del juicio oral la *infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*.

La segunda línea de crítica se obtiene del examen a los considerandos de la sentencia, examen que descubre la inconsistencia argumentativa.

En efecto, en el tercer considerando, el Tribunal aprecia como “programáticas” las normas invocadas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN). Sin embargo, en el considerando cuarto *reconoce* que son normas de “aplicación efectiva”, circunscribiéndolas al período de investigación, detención o prisión preventiva.

La simple lectura de la norma nos muestra que en ningún caso se ha pretendido restringir su aplicación. Así, el artículo 37 letra b) prescribe que *la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda*. Es evidente que con los términos “encarcelamiento” y “prisión” se hace referencia a la pena privativa de libertad aplicada por la comisión de un delito, indicando para ellos una enfática limitación: se aplicará como último recurso y durante el período más breve que proceda. En consecuencia, el artículo 69 del Código Penal, se ve limitado en su aplicación por la norma vigente del artículo 37 letra b) de la CIDN.

Por último, y como tercer argumento de crítica, sostener que una norma internacional es programática, como maniobra –erróneamente a mi parecer– el

sentenciador respecto del art. 37 letra b) de la CIDN,³ no le quita valor jurídico, y no faculta al juez a su inaplicabilidad.

Indudablemente, un Tribunal de Justicia que dicta una sentencia, ejerce soberanía. El artículo 5 inciso segundo de nuestra Carta Fundamental, prescribe que las normas sobre derechos humanos contenidas en los Tratados Internacionales limitan la soberanía estatal, en consecuencia los magistrados deben reconocer este mandato y cumplirlo. El órgano jurisdiccional del Estado debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas (principio de juridicidad del art. 6 de la CPR).

Parece evidente que las normas internacionales, aun las programáticas, deben ser respetadas jurisdiccionalmente, si no es en su aplicación directa, debe ser como elemento de interpretación del ordenamiento interno⁴ –limitado, como señalé, por los derechos humanos–.

Este argumento, hace más fuerza aún tratándose del nuevo sistema procesal penal, que ha sido ideado, estructurado y puesto en práctica, con la clara finalidad de respeto a los derechos esenciales de la naturaleza humana.

Atendiendo estas observaciones, parece que la sentencia desestima elementos jurídicos tan importantes hoy en día como son las normas constitucionales, directamente aplicables, y los Tratados Internacionales que forman parte de esta constitución material. Junto con la instauración del nuevo sistema procesal penal, es necesario hacer un llamado de atención a la magistratura, para que observen los criterios jurídicos actuales y obren en consecuencia, teniendo como norte el respeto absoluto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana reconocidos, tanto por la Constitución, como por las Convenciones Internacionales.

³ Discutible es el caso de las Reglas de Beijing donde Cillero Bruñol, Miguel, “Leyes de Menores, Sistema Penal e instrumentos Internacionales de Derechos Humanos” (en) Medina Quiroga, C. y Mera Figueroa, J. (ed.), *Sistema jurídico y Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, p. 502, señala que, si bien no es un instrumento vinculante, sí son las directrices más autorizadas sobre el contenido y aplicación de los principios básicos de la justicia de menores.

⁴ Díez de Velasco, M., *Instituciones de derecho... cit.*, pp. 202 y 203 desarrolla la im-

portancia de la eficacia interpretativa de los Tratados Internacionales en el ordenamiento interno, señalando que esta función se distingue de la función integradora o de recepción. El Tribunal Constitucional Español ha hecho un generoso uso de esta función entendiendo que los Derechos Fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a los convenios universales de derechos humanos y que han de informar todo el ordenamiento jurídico interno. Esta función interpretativa se establece por mandato constitucional del artículo 10.2 de la Constitución de 1978.