



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

IGNACIO BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
CATEDRATICO DE DERECHO PENAL

CENTRO DE DOCUMENTACION
Vicaria de la Solidaridad

Documento nº	0055.00
Ingreso
<input type="checkbox"/>

DICTAMEN SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE D.GUSTAVO
VILLALOBOS SEPULVEDA Y D.RAMIRO OLIVARES SANHUEZA EMITIDO POR

IGNACIO BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
CATEDRATICO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

IGNACIO BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL

CENTRO DE DOCUMENTACION
Vicaría de la Solidaridad

Documento nº	0055.00
Ingreso
<input type="checkbox"/>

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca (España), emite el siguiente dictamen a solicitud de los abogados D. Jaime Hales Dib, D. Luis Hermosilla Osorio y D. Roberto Garretón Merino, respecto a los hechos que a continuación se relacionan y sobre la actuación de los señores Gustavo Villalobos Sepúlveda y Ramiro Olivares Sanhueza, cuya representación ostentan los mencionados letrados.

I-HECHOS OBJETO DEL DICTAMEN

1. El día 25 de Abril de 1.966 entre las 10.00 y las 10,30 horas concurrió a la Vicaria Hugo Segundo Gómez Peña, manifestando haber sido herido accidentalmente momentos antes. Dado su estado no siguió el curso normal de atención (recepción, asistente social, abogado, médico) sino que de recepción pasó directamente al médico. Fue atendido por el Dr. Ramiro Olivares, quien determinó que dada la naturaleza de la lesión, necesitaba de una atención que el equipo médico de la Vicaria no puede otorgar.

Mientras la enfermera-secretaria llenaba la ficha médica, se llamó a una asistente social (trabajadora social), para que tomara el relato en la carpeta de atención.

Gomez concurrió a la Vicaria acompañado de su hermana Nora y de su convivente, Gladys Rios Pino.

La asistente social tomó el relato que le proporcionó Gomez y cuyo tenor literal es el siguiente:

"26/4/66. Concorre afectado, plantea haber sido herido cuando transitaba por el sector del Paradero 32 de Gran Avenida. El se dirigía



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 2 -

a la casa de un familiar cuando se encontró en un confuso incidente en el que fue herido. Concorre con dos familiares. Se le cita para denuncia judicial". Al momento de tomar este relato, no había otra persona en la sala que Gómez y la asistente.

Terminado el relato, que no pudo ser mas completo, pues había que llevar al herido a una clínica, la asistente instruyó al chófer de la Vicaria que condujera al herido a la Clinica Chiloe, junto a su hermana y convivente, y esperara para llevarlos a su casa, si así se determinaba en la clínica.

El envío a una clinica particular se debió al temor de Gómez de ser conducido a un hospital público, lugar en los que normalmente los heridos a bala quedan detenidos. Siendo esta una reacción muy frecuente a quienes han sufrido actos de hostigamiento con anterioridad.

2. Debe destacarse que en la carpeta de Hugo Gómez Peña estaban registradas atenciones anteriores: una en 1.984 y otra en 1.985 en que se sintió perseguido por hechos en los que no tenía participación. Además su hermano estuvo detenido por Carabineros en 1.984 durante 11 días, sin que en ellos se reconociera la detención. Se estimó, por lo tanto, razonable el temor de Gomez de ser llevado a un establecimiento hospitalario público.

3. La Vicaria de la Solidaridad en numerosas ocasiones ha enviado pacientes a la Clinica Chiloe, así como muchas otras clinicas públicas y privadas. El envío o interconsulta se hace bajo la firma del medico, en papel con membrete escrito de Vicaria, y sin ninguna clase de clandestinidad y así se operó esta vez.

4. El chófer que condujo a la familia Gómez a la Clinica Chiloe, al ser informado que el herido quedaria allí, volvió a la Vicaria.

5. En la tarde del mismo día, la prensa da cuenta con caracteres



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 3 -

espectaculares, que en la mañana se había producido un asalto a una panadería, que se había tendido una emboscada a una patrulla de carabineros-Policía uniformada-que al llegar al lugar de los hechos fue repelida con armas de fuego, falleciendo un policía, quedando dos heridos y muriendo uno de los asaltantes. Se da cuenta que uno de estos huyó. El lugar a que se refiere la información coincide con el que había mencionado Gomez Peña.

6. Al leer esta información, la asistente que había atendido a Gómez en la mañana, sospechó que podía haber sido engañado, por lo que dio aviso inmediato al Jefe de Departamento Jurídico, abogado Alejandro González. Este llamó al abogado de turno, Gustavo Villalobos y al Dr. Ramiro Olivares, y los instruyó para que concurrieran a la Clínica para entrevistar a Gómez para tratar de verificar su real participación.

7. El médico y el abogado llegan a la Clínica, y luego de presentarse a la secretaria, se entrevistan con el médico de turno de esta Dr. ^{RAMON} Ramiro Rojas, cerciorándose que la evolución de la lesión de Gomez ha sido favorable, por lo que puede retirarse.

El médico y el abogado de la Vicaría se entrevistan con Gómez, quien insiste en su versión dada en la mañana a la asistente social. Encontrándose ambos funcionarios en la Clínica llega a esta la hermana de Gomez, solicitando este retirarse con ella, pero sosteniendo carecer de ropa, pues la suya se la había llevado en la mañana su convivente para lavarla, la que solo volvería al día siguiente.

Ante esta situación, y convencidos de la inocencia de Gómez, los señores Villalobos y Olivares concurren a un comercio del sector y adquieren vestuario por un costo de \$6.640 (aproximadamente US\$ 33,20), ambos funcionarios citan a Gomez para el día siguiente a la Vicaría para formalizar la denuncia de agresión sufrida, ante los Tribunales y someterse a control médico. La ropa es entregada



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 4 -

á Gómez, que aún estaba en cama, y los señores Olivares y Villalobos se retiran en el absoluto convencimiento que Gómez se iría con su hermana.

Al llegar a la Vicaría, dan cuenta al Jefe del Departamento Jurídico de lo obrado, el que aprueba todo el proceder.

8. No obstante, de un careo entre Gustavo Villalobos y Hugo Gómez, aparecería una contradicción de más importancia: según éste último, al llegar el primero a la Clínica, ya sabía que el había participado en el asalto a la panadería y en la muerte del carabinero, lo que el abogado enfáticamente niega. La explicación que da Gómez a su aseveración, es que el abogado en lugar de consultarle sobre su participación en los hechos, se la había enrostrado en términos groseros. El único testigo de este hecho sería el Dr. Olivares, que confirma lo sostenido por Gustavo Villalobos.

9. El día 11 de Mayo, luego de cinco días de incomunicación y detención preventiva, los señores Villalobos y Olivares son sometidos a proces, como autores del delito descrito y sancionado en el art. 8 de la ley de control de armas y explosivos. Esta resolución fue dictada en el proceso seguido en la Justicia Militar, por la muerte del carabinero Miguel Vázquez Tobar, hecho en el cual había participado Hugo Gómez.

10. Mientras Villalobos y Olivares estaban en prisión preventiva, fue aprehendido Hugo Gomez Peña, después de aproximadamente 15 días ----- de estar oculto.

11. En resoluciones de diferentes fechas han sido encargados reos las siguientes personas:

A) Belinda Zubicueta Carmona, Jorge Antonio Marín Correa, German Alfaro Rojas y Hugo Gómez Peña, como autores materiales del asalto a la panadería y muerte del Carabinero Miguel Vasquez. La acusación se formula como autores de los delitos contemplados en los números



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 5 -

2;3 y II del artículo 1º de la ley 15.314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad.

B) Gustavo Villalobos, Ramiro Olivares, Ramon Rojas, Alvaro Reyes, Claudio Muñoz, Juan Macaya, Julia Bascuñan (esposa del Dr. Rojas), Nora Gómez, Gladys Rios, Hector Duarte, Helga Merino, Hernán Núñez y Adriana Aly Molina. (Los tres últimos, según la versión de Hugo Gómez Peña, lo habrían tenido oculto entre los días 25 de Abril y 13 de Mayo)

Todas estas personas están encargadas reo en calidad de autores de delito sancionado en el art. 5 de la ley de control de armas y explosivos.

12-Las resoluciones que someten a proceso a estas personas no indican si el delito cometido es el contemplado en el inciso primero o el descrito en el inciso segundo del artículo octavo de la ley citada. Tampoco se mencina si todos pertenecen al mismo o a distintos grupos de combate o milicias privadas, aunque aparentemente se trataría, en el concepto del Tribunal, de un mismo grupo.

13-Gustavo Villalobos conocía antes de los hechos, por ser compañeros de trabajo, a Ramiro Olivares; vio por única vez en su vida a Hugo y Nora Gómez en la tarde del día 25 de Abril en la Clínica Chiloé; vió por única vez en su vida a Ramon Rojas; había visto ocasionalmente en la Vicaria, al Dr. Juan Macaya, que en días de mucha atención concurría a trabajar como voluntario; no había visto jamás a Gladys Rios ni a ninguno de los demás procesados por pertenecer a un grupo armado. Tampoco ha visto jamás a quienes aparecen como los autores del asalto y homicidio, salvo a Gómez, a quien vio en la oportunidad señalada.

Ramiro Olivares conocía, por ser compañeros de trabajo, a Gustavo Villalobos, conocía también al Dr. Ramon rojas aunque no al Dr. Alvaro Reyes ni al paramédico Claudio Muñoz; a Hugo Gomez lo vio



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 6 -

por primera vez en la mañana del 25 de Abril y luego en la tarde del mismo día; a Nora Gómez la vió sin saber quien era en la mañana del día 25 de Abril y alternó con ella en la tarde en la clinica; a Gladys Rios la vio sin saber quien era en la mañana del 25; conocía profesionalmente al Dr. Juan Macaya; no conocía a nadie más.



1) VALORACION JURIDICA DE LOS HECHOS

Sobre los hechos que anteceden se me solicita por los referidos letrados que de respuesta a las siguientes cuestiones:

1-Estudio sobre el art.5 de la Ley sobre control de Armas y Explosivos y sus relaciones con el nº11 del art.1 de la Ley anti-terrorista.Tipicidad o Atipicidad de la conducta de Gustavo Villalobos Sepúlveda y Ramiro Olivares Sanhueza.

1.1-Sin entrar en consideraciones político-criminales de fondo sobre el art.5 de la Ley de control de armas le surgen al intérprete graves objeciones, vinculadas a la vigencia en el mismo de principios generales como los de legalidad e igualdad.

La vigencia del principio de legalidad presenta dificultades al acudir el legislador en este artículo a términos difusos, preferentemente normativos, y prescindir de categorías jurídicamente acuñadas.

Respecto al principio de igualdad las dificultades surgen al considerar como iguales conductas que no lo son. Esta situación hace que desde un primer momento la labor del intérprete cobre una mayor trascendencia, al tener que asumir tanto éste como los tribunales, y siempre dentro del marco infranqueable del significado gramatical de los términos utilizados, una labor concretizadora, de mucha mayor relevancia de la que normalmente desarrolla, encaminada a dar entrada en este precepto y en otros análogos a principios que aparecen consagrados en todos los textos constitucionales.

Así, por ejemplo, ante la vaguedad de los términos los tribunales deberán acudir a su significado más restrictivo, que permita circunscribir los hechos típicamente relevantes a aquellos que indubitadamente quedan comprendidos para cualquier ciudadano dentro del significado de estos preceptos.

1.2-Sobre estos presupuestos el primer problema que presenta el art.5 de la Ley de control de armas es la delimitación de su



contenido del de otros preceptos de leyes posteriores, que aparentemente se superponen, en concreto el nº 11 del art. 1 de la ley nº 18.314 de 17 de Mayo de 1.984, que determina conductas terroristas y determina su penalidad (En adelante Ley Antiterrorista). Este último precepto establece la relevancia penal de: "Los que se asociaren u organizaren y los que recibieren o impartieren instrucción o enseñanza con el objeto de cometer alguno de los delitos a que se refiere esta ley".

A pesar de que en apariencia su contenido entra en colisión con el del art. 5 de la ley de control de armas, la profundización en ambos textos revela con claridad que se están ante figuras delictivas que poseen distinta naturaleza:

El art. 5 de la ley de control de armas refleja la idea de estabilidad y permanencia en los que constituyen los elementos centrales del tipo: "milicia privada, grupo de combate o partida militarmente organizada". Sin entrar en si se trata de terminos que designan una misma realidad o de tres realidades distintas, si aparece como elemento clave la estabilidad, la permanencia en el tiempo y la organización.

Esta idea se refuerza si se tiene presente que el tipo del art. 5 es autónomo del delito o delitos que eventualmente se cometan por dichas organizaciones. Lo que se pretende evitar con esta figura es la existencia de organizaciones, que por los medios que emplean para conseguir sus fines, los previstos en los arts. 2 y 3 de esta ley, supongan una lesión o puesta en peligro del bien jurídico seguridad interior del Estado. Esta interpretación se ve reforzada si se tienen presentes los orígenes de esta ley.

La estructura del nº 11 del art. 1 de la ley Antiterrorista es claramente distinta. Esta figura está concebida con la finalidad de adelantar la intervención del derecho penal, al otorgar relevancia a actos preparatorios de los delitos contenidos en la mencionada ley Antiterrorista. La asociación, la organización, el recibir o impartir instrucción o enseñanza poseen relevancia penal cuando lo



son "con el objeto de cometer alguno de los delitos a que se refiere la ley". En consecuencia, el bien jurídico tutelado en este precepto es aquel que se llegaría a lesionar en el caso de que el delito para el que se asocian, organizan, reciben o imparten instrucción o enseñanza llegara a ser realizado. Mas aún, si se comete el delito objeto de los actos preparatorios, no se puede aplicar este precepto por elemental consecuencia del principio de consunción.

A estas reflexiones hay que añadir, la no exigencia de estabilidad organización y medios que aparecían en el art. 8 de la ley de control de armas.

Por tanto, si se sintetizan las diferencias entre ambos preceptos encontramos:

Que el art. 8 de la ley de control de armas gira en torno a la asociación u organización independientemente del delito o delitos que a través de ella pudieran cometerse. Su aplicación estará condicionada por tanto, a probar la presencia de una asociación con las mencionadas características de estabilidad, permanencia, organización y medios, y a probar que efectivamente tal asociación lesiona o pone en peligro el bien jurídico seguridad interior del estado.

Por el contrario, el precepto de la ley Antirerrorista gira en torno al delito o delitos que determinan la constitución de la asociación. Por tanto, habrá que probar: La existencia de la asociación, aunque no posea pretensiones de permanencia o carezca de organización jerarquizada, la finalidad de cometer mediante ella alguno de los delitos recogidos en esta ley y, finalmente, la puesta en peligro del bien jurídico tutelado en el delito que se buscaba cometer.

Si se profundiza algo más en los dos tipos en cuestión pueden observarse otras diferencias, ya que, mientras que el art. 5 incorpora conductas de autoría en sentido estricto y otras que lo son de participación, en la asociación el art. 1 circunscribe el tipo a la autoría en sentido estricto, "los que se asociaren u organizaren", pues la segunda parte del tipo, "impartieren instrucción o enseñanza", no presupone necesariamente la existencia de una asociación. En la ley Antite-



rrorista, la eventual relevancia penal de las conductas de participación en la asociación se subordina a la eventual aplicación de los arts. siguientes y a las reglas generales de la parte general del Código Penal.

La exigencia que en ambos preceptos se ha hecho de condicionar su aplicación a la presencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, es consecuencia del principio denominado "nullum crimen sine iniuria" que, de acuerdo con la opinión unánime de la doctrina (Mantovani, Rudolphi, entre otros), debe presidir tanto la acción del legislador como la del intérprete y que tiene particular transcendencia en el ámbito de los delitos de peligro.

1.3- Teniendo presentes la apreciaciones efectuadas en el apartado anterior, el estudio del art. 5 de la ley de control de armas, cuya eventual aplicación a D. Gustavo Villalobos y D. Ramiro Olivares es aquí objeto de debate, presenta los siguientes problemas:

En primer lugar, el tipo objetivamente se estructura en torno a la existencia de "milicia privada, grupo de combate o partida militarmente organizada", armada con los medios establecidos en los arts. 2 y 3 de esta ley. Con lo que la primera cuestión que habrá de probarse para la eventual aplicación de este precepto será:

-La existencia de una asociación estable, organizada jerárquicamente.

-Que esta asociación esté totalmente armada con alguno de los medios contemplados en la propia ley. Lo que supone que la asociación, no un miembro o miembros de forma aislada, incorpore la utilización de armamento para conseguir sus fines.

-Que la existencia de una organización de estas características suponga la lesión o puesta en peligro de la seguridad interior del estado.

La no presencia de cualquiera de estos tres requisitos debe impedir por atipicidad la aplicación del art. 5 de la ley de control de armas.



Sobre este punto de partida el tipo se estructura en dos grandes grupos de comportamientos: por un lado, comportamientos de pertenencia a la asociación, por otro, comportamientos que suponen diversas formas de participación en la asociación sin ser miembro de ella ("financiaren, dotaren, ayudaren....").

De la pluralidad de verbos empleados en este tipo y, aunque no se haya concretado aún en autos cuales son los verbos por los que se incrimina la conducta de D. Gustavo Villalobos y D. Ramiro Olivares, parece lógico pensar que tiene que tratarse de uno de los que hemos calificado como de participación y, mas en concreto de "Ayudaren" (Tal vez podría pensarse en "Financiaren"). Por tanto, el informe se centrará en general sobre las conductas que se han denominado de participación y en especial sobre el contenido del término "Ayudaren".

El precepto que analizamos, como otros análogos en derecho comparado, posee una indudable finalidad agravatoria, reflejada no solo en la entidad de las penas, sino en especial en las alteraciones que introduce en lo que constituye el regimen general de la participación penal.

Así, entre otras consecuencias técnicas, el art. 8 eleva a la condición de delito autónomo conductas que serian de participación, con lo que se evita la vigencia del principio de accesoriedad y ^{se} permite depurar la responsabilidad de los que participan en la asociación sin ser miembros de ella ^{independientemente} de la de los autores en sentido estricto, los miembros de la asociación. Ahora bien, debe subrayarse con reiteración que esto no es óbice para que la aplicación de este precepto aparezca condicionada a la efectiva prueba de la existencia de una asociación de las ya mencionadas características, en cuanto la misma constituye un elemento del tipo.

Además, la referida pretensión agravatoria se exterioriza en el castigo igual de las que constituirían distintas categorías de participación de no existir este precepto, la cooperación necesaria y la complicidad. Para ello la ley utiliza terminos comprensivos de



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 12 -

ambas categorías como "Ayudaren". Este término carece de un significado técnico, pero, considerada la finalidad del precepto, parece correcto interpretarle como referido a las conductas de cooperación necesaria y complicidad, que no quedarán comprendidas dentro de los restantes verbos del tipo ("financiaren, dotaren"...).

Pero el ámbito de la finalidad agravatoria del precepto aparece claramente delimitado en el propio art. 8, al establecerse tanto el objeto de la ayuda, "...a la creación y funcionamiento", como quien debe recibir la ayuda, "...de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas, armadas...".

La concreción, que efectúa el art. 8 en que se participa parece estructurarse en dos momentos temporalmente diferenciados en la vida de un ente colectivo: la creación y el funcionamiento. Pues, parece obvio que se puede cooperar independientemente tanto en el nacimiento de un ente colectivo, como en su posterior funcionamiento, del mismo modo es igualmente evidente que una misma persona puede participar en ambos momentos.

Una lectura detenida del tipo lleva con claridad a la conclusión de que el legislador ha querido limitar el régimen especial del art. 8 sólo a un grupo de los comportamientos que se acaban de enumerar. Pues el legislador vincula ambos momentos copulativamente y no disyuntivamente. La ley requiere que la participación, para ser incluíble en este art. 8, lo sea en "la creación y funcionamiento", es decir, en los dos momentos no en uno sólo. No es que sea imposible una participación diferenciada, es que no es penalmente relevante a través de este artículo. Por el contrario, la interpretación sería totalmente distinta si los términos estuvieran estructurados a través de la conjunción "o", "en la creación o en el funcionamiento". En ese caso sería claro que el legislador quería otorgar relevancia penal diferenciada a ambos comportamientos.

En la interpretación propuesta los comportamientos que sólo supongan participación en la creación y no en el funcionamiento o al revés, en el funcionamiento y no en la creación, serán penalmente



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 13 -

relevantes siempre que puedan ser incluidos en una de las formas de participación previstas en la parte general del código penal en relación con el hecho delictivo que pueda constituir la creación de una asociación de estas características, o una concreta actividad de la misma.

Si se desecha esta interpretación y se entiende, que pese a la partícula copulativa empleada es objetivamente típico tanto el ayudar a la creación, como el ayudar al funcionamiento de una asociación de estas características, en este caso pasa a primer plano la otra especificación del artículo, a quien debe dirigirse la ayuda. El art. 8 es claro al establecer que debe ser a "la milicia privada, grupo de combate o partida militarmente organizada".

Según el texto del artículo la ayuda debe dirigirse a la organización, a la asociación. Pese a ello la ayuda puede materializarse a veces en una persona física, pero, para que estos casos sean subsumibles en este tipo, siempre la ayuda prestada habrá de serlo en su condición de miembro de una organización de las características apuntadas. La ayuda individual a una persona, en la que concurre la condición de miembro de grupo armado, y aunque se conozca este dato, no basta para que estemos ante un comportamiento objetivamente típico, pues el art. 8 es taxativo a la hora de exigir que la ayuda repercuta en la asociación, que posea las características ya apuntadas.

En la práctica las dos clases de delimitaciones analizadas llevan a exigir que para que la ayuda sea incluíble en este artículo presente las características de participación estable y permanente con una asociación de este carácter. Sólo este tipo de participación garantiza la existencia de estas asociaciones, lo que entronca con la originaria razón de ser de esta ley de control de armas.

En síntesis, para que un comportamiento sea incluíble dentro del tipo objetivo del art. 8 de la ley de control de armas se requiere, además de las enumeradas exigencias respecto a la existencia de milicia privada, grupo de combate o partida militarmente organi-



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 14 -

zada, la constatación de los siguientes puntos:

- A) Presencia de un comportamiento que sea incluíble dentro de "ayudaren", que sea de cooperación necesaria o complicidad.
- B) Que la ayuda sea a "la creación y funcionamiento", que en la práctica debe llevar a exigir una vinculación de cooperación estable desde el origen de la asociación.
- C) Que objetivamente la ayuda prestada lo sea a la milicia privada grupo de combate o partida militarmente organizada.

1.4-En función de los requisitos que se han apuntado en los apartados anteriores la primera cuestión a resolver es, si en los hechos objeto de este dictamen, el comportamiento de D.Gustavo Villalobos Sepúlveda y D.Ramiro Olivares Sanhuesa es incluíble en el tipo objetivo del art.8.

Los hechos objeto de interés son los siguientes:

D.Ramiro Olivares atiende medicamento a D.Hugo Gómez Peña en la mañana del día 28 de Abril de 1.966 en los locales de la Vicaria en la Plaza de Armas (hecho nº1). D.Ramiro Olivares y D.Gustavo Villalobos adquieren ropa por valor de 6.640 pesos que entregan a D.Hugo Gómez Peña (hecho nº7). D.Hugo Gómez Peña es detenido el 13 de Mayo de 1.966 y es acusado de haber intervenido en un hecho terrorista en la mañana del 28 de Abril de 1.966 (hechos nº10 y 11). La respuesta en mi opinión debe ser negativa ya en este nivel y por las razones que paso a exponer:

1) Para que D.Gustavo Villalobos y D.Ramiro Olivares puedan ser acusados a través del art.8 de la ley de control de armas se exige en primer término, y sin entrar en otras consideraciones, que en los hechos que nos ocupan exista una organización calificable como "milicia privada, grupo de combate o partida militarmente organizada, armada con alguno de los elementos indicados en el art.3" (o en el art.2 si la acusación es por el párrafo 2 del art.8.)

En los hechos que nos son expuestos no aparece una organización de estas características. Aparece una agrupación, que podría haber



sido incluida dentro del nº11 del art.1 de la ley Antiterrorista, el grupo que asaltó la panadería (hecho nº5). Pero, como se trató de demostrar en la primera parte de este dictamen, el art.5 de la ley de control de armas y el nº11 del art.1 de la ley Antiterrorista son preceptos claramente diferenciados en cuanto a su contenido. No es defendible que el nº11 del art.1 de la ley Antiterrorista de contenido al grupo armado del art.5 de la ley de control de armas. Si esto es así, si en el sumario están encausadas las personas que formaban parte de la agrupación que asaltó la panadería y no se les pretende aplicar el art.5 de la ley de control de armas (hecho nº11 A), es porque no existe una agrupación que por sus condiciones pueda llegar a ser incluíble dentro del art.5, y si no existe para los que formaban parte de esa agrupación, con mucha mayor razón no debe existir para aquellos que se pretende que sólo realizaban conductas de participación.

Alternativamente, podría pensarse, que el grupo armado del art.5 de la ley de control de armas es el formado por las personas encargadas reo por este precepto (hecho nº11 B). Pero esta hipótesis carece de cualquier verosimilitud aplicada a D. Gustavo Villalobos y D. Ramiro Olivares, pues en los hechos no aparece vinculación alguna de los mismos con estas personas; sus relaciones son estrictamente ocasionales con el Dr. Reyes y el Dr. Macaya por parte del Dr. Olivares (hecho nº13).

2) Si pese a ello se considera que sí concurre en los hechos una "milicia privada, grupo de combate o partida militarmente organizada, armada...", tampoco es defendible que los comportamientos de D. Gustavo Villalobos y D. Ramiro Olivares puedan ser objetivamente incluíbles como ayuda a "la creación y funcionamiento" de dicho grupo armado.

En primer lugar, porque la conducta de adquisición de ropa por el valor mencionado, ya es cuestionable que pueda ser calificada jurídicamente como de ayuda o financiación. En especial, por la vigencia del denominado "principio de insignificancia", propugnado por la



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 16 -

doctrina mas evolucionada (Roxin, Mir entre otros), del que se deriva la exclusión de la relevancia penal, a la hora de efectuar la interpretación de tipos particularmente amplios, de comportamientos que por su escasa entidad material no supongan lesión o puesta en peligro del bien juridico tutelado.

En segundo lugar, por que tanto la conducta de atender medicamente a D. Hugo Gómez Peña como la de adquisicion de ropa, no exterioriza por sí la relacion de colaboración permanente, que requiere que la ayuda sea a "la creación y funcionamiento". Objetivamente no hay un sólo dato en los hechos que permita fundamentar tal relación, sino justamente lo contrario. Pues, objetivamente la actuación de D. Gustavo Villalobos y D. Ramiro Olivares en ningún momento refleja o el secreto y la clandestinidad que parecen consustanciales en quien colabora de forma estable con una organización de este tipo (hechos nº 1 y 3), o la existencia de un pacto previo con la supuesta organización o con D. Hugo Gomez Peña (hecho nº 13).

En tercer y ultimo lugar, por que, como reiteradamente se ha señalado, todas las conductas del art. 6 van referidas a la creación y funcionamiento de "milicias privadas, grupo de combate o partidas militarmente organizadas", es decir, la ayuda o financiación ha de serlo a la organizacion. En el caso que nos ocupa, la actividad de D. Ramiro Olivares y D. Gustavo Villalobos, cuya relevancia penal se discute, objetivamente esta siempre referida a una persona individual, D. Hugo Gomez Peña, en razón del desamparo en que se encuentra y no en razón de su presunta integración en una organización de este tipo. Objetivamente, plano en que nos movemos en esta primera parte del informe, una vez más, no existe un solo dato que permita fundamentar lo contrario: D. Hugo Gomez Peña aparece siempre a titulo estrictamente individual y las personas que le acompañan son siempre de su círculo intimo (hechos nº 1 y 4). Mas aún, objetivamente los hechos indican lo contrario, pues ante la sospecha de que D. Hugo Gómez Peña hubiera intervenido en el asalto a la panaderia se pone en marcha toda una actuación de la Vicaria



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 17 -

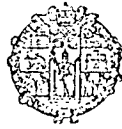
encaminada a esclarecer los hechos (hecho nº6).

1.5-En suma, ya en el plano estrictamente objetivo debe afirmarse la atipicidad de los comportamientos de D. Gustavo Villalobos y D. Ramiro Olivares.

Observese, que en los razonamientos que conducen a esta conclusión, se ha partido de un contenido del tipo universalmente admitido, tipo objetivo y valorativamente neutro, y por tanto, se ha prescindido de aquellas consideraciones de este elemento del delito que podían ser objeto de debate, como son, su carácter valorado o la presencia del dolo como integrante del tipo subjetivo. Características que llevarían a rechazar con mayor contundencia la tipicidad de las conductas objeto del dictamen.

La razón de la adopción de esta decisión sistemática por parte de quien suscribe el informe, debe buscarse en la pretensión, que guía al mismo, de lograr que sus conclusiones no puedan ser tachadas de emanación exclusiva de una posición sistemática minoritaria y que por el contrario, no serían defendibles de haberse adoptado otros presupuestos sistemáticos.

Es decir, la conclusión a la que se llega es fruto de la no concurrencia en los hechos del mínimo que cualquier penalista debe exigir para afirmar la tipicidad, desde que Bebing a principios de siglo propugnara este elemento del delito, la adecuación de los componentes objetivos de una conducta a la descripción efectuada por el legislador.



2.-El principio de culpabilidad, su vigencia en el art.5 de la ley de control de armas. Consecuencias respecto a la eventual responsabilidad penal de Gustavo Villalobos y Ramiro Olivares.

2.1- Si pese a lo expuesto en las páginas que anteceden, se entiende que el comportamiento de D. Gustavo Villalobos y D. Ramiro Olivares es incluíble dentro del tipo objetivo del art.5 de la ley de control de armas, esta decisión no implicaría, sin más, la afirmación de la responsabilidad penal de las mencionadas personas. Puesto que, como paso siguiente, tendría que demostrarse, por exigencia del principio de culpabilidad, el carácter doloso del comportamiento de los dos mencionados profesionales. Es decir, tendría que probarse que tanto uno como otro conocían que su conducta constituía una ayuda a la creación y funcionamiento del milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas y armadas, y que conociendo todos estos datos, pese a ello, toman la decisión de ^{realizar} esos comportamientos.

Importa subrayar, que el exigir la presencia de este conocimiento es independiente de la situación sistemática que se atribuya al dolo dentro de la teoría del delito, en el tipo, como personalmente prefiero, o en la culpabilidad, como forma de la misma.

La exigencia de dolo o culpa, que impone el principio de culpabilidad (en este caso como se intentará demostrar de dolo) rige tanto para la legislación penal ordinaria como para la especial o excepcional. Pues, un cuerpo legal posee este último carácter por la materia que regula o por la gravedad de las penas, pero en ningún caso por que no rijan en él las categorías jurídicas acuñadas para todo el derecho penal, como esta del principio de culpabilidad:

2.2- Uno de los rasgos que ha caracterizado la evolución del derecho penal en el último siglo ha sido el destierro de la responsabilidad objetiva. El entender que bastaba para fundamentar la imposición de una pena con la existencia de una vinculación objetiva



entre el comportamiento de un sujeto y la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Esta forma de responsabilidad, vinculada al Derecho germanico, había comenzado a ser arrinconada por la influencia del principio canonico del "versari in re illicita". Los códigos del siglo XIX guardaban todavía vestigios de esta forma de responsabilidad por todos conocidos: los delitos cualificados por el resultado, los delitos de sospecha, determinadas presunciones..., que un conocido penalista alemán, Mezger, no dudó en calificar como "baldón ignominioso de nuestra disciplina". Estos vestigios han llegado en muchas legislaciones hasta nuestros días. Frente a ellos la doctrina ha propugnado reformas legislativas (la reforma de la Parte General del Código Penal alemán o la del español de 1.983 son paradigmáticas en este sentido) o en todo caso interpretaciones correctoras. Mediante ellas se busca siempre exigir, para que un comportamiento sea calificado como delictivo, la presencia de dolo o culpa en el mismo:

2.3-La legislación penal chilena, heredera en esto del viejo Código Penal español, tras definir al delito, en el art. 1.1, como "toda acción u omisión voluntaria penada por la ley", establece, en el párrafo 2 del mismo artículo, una presunción *iuris tantum*, "las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario". El alcance de la presunción viene claramente condicionado por el significado que se da al término "voluntarias". La cuestión, debatida de forma análoga a como se hizo por la doctrina española (voluntarias=dolosas; voluntarias=dolosas y culposas; voluntarias=voluntariedad de la acción; voluntarias=voluntariedad referida al contenido de la norma...), puede llegar a traer como consecuencia procesal una inversión de la carga de la prueba, con lo que se partiría de una presunción de culpabilidad en lugar de una presunción de inocencia. Lo que en el caso chileno ya aparece como difícilmente compatible con el contenido del art. 456 del código de Procedimiento Penal.



La doctrina española de forma unánime combatió, antes de la Constitución de 1.978 y de la reforma de 1983, el alcance y los efectos de esta presunción, que se conectaba con los viejos restos de la responsabilidad objetiva.

La realidad jurídica chilena posee, junto al ya mencionado art. 456, resortes suficientes, y del más alto rango, para dejar vacía de contenido esta presunción. La Constitución política de la República de Chile de 1.980, en su art. 19 n.º 3 p. 6, taxativamente afirma: "la ley no puede presumir de derecho la responsabilidad penal". Con ello se está consagrando implícitamente el principio de culpabilidad y desterrando la vigencia de aquellas presunciones que indudablemente le contrarían, como la ya expuesta del art. 1 p. 2. Mas aún, el contenido de este precepto constitucional es directamente aplicable sin necesidad de ley que posteriormente le desarrolle. Pues el texto fundamental posee un valor directamente normativo, tal como se deduce con claridad de su art. 6 ("los órganos del Estado deben someter su actuación a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.").

Pretender que un precepto constitucional, como el art. 19 n.º 3 p. 6, no es directamente aplicable porque requiere normas que le desarrollen, supone negar a la Constitución su carácter de tal, como con certeza han mantenido todos los tribunales constitucionales (Supreme Court, Bundesverfassungsgericht, Tribunal constitucional español, entre otros).

Es decir, por imperativo constitucional debe quedar vacía de contenido la presunción del art. 1 p. 2 del código penal. (Pese a ello los razonamientos que se hacen en los siguientes apartados son aplicables, aunque se parta de la vigencia de la presunción, para mantenerla o destruirla).

En este mismo marco existe un rasgo de la legislación penal chilena-



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 21 -

na, que merece ser valorado positivamente, en cuanto se adecua a los imperativos político-criminales más aceptados en el actual momento histórico. Me refiero al castigo excepcional, no con carácter general, de los ataques culposos a los bienes jurídicos protegidos. Los que el legislador chileno denomina cuasidelitos (art. 2 del Código Penal), que de acuerdo con el propio Código, art. 4 "...se califican y penan en los casos especiales que determina este código".

2.4-Sobre estas bases, la primera cuestión a resolver es si el principio de culpabilidad rige respecto al art. 8 de la ley de control de armas. La respuesta es sin duda afirmativa, además de por lo expuesto en el apartado anterior, por la aplicación subsidiaria del Código Penal ordinario en el que se exige la concurrencia de dolo y en algunos casos culpa para que un comportamiento merezca la calificación de delictivo.

En contra de este razonamiento es previsible que se aduzcan consideraciones materiales, vinculadas a la importancia del bien jurídico tutelado, la seguridad interior del estado, o si se prefiere, aunque el término no sea afortunado, la seguridad nacional. En concreto, alegar que la importancia de este bien requiere prescindir de aquellas exigencias que no sean la prueba objetiva de la realización de una acción que le lesione o ponga en peligro, para afirmar la existencia de un hecho delictivo. La argumentación, que desde ciertos planteamientos político-criminales puede parecer atractiva, es totalmente errónea.

Aunque parezca obvio subrayarlo, el desvalor jurídico-penal de un comportamiento está siempre compuesto por la importancia del bien jurídico y por las características de la acción llevada a cabo por el sujeto, tanto en sus aspectos objetivos, como en sus características subjetivas. Esto es, merece un mayor desvalor, una mayor pena, un comportamiento doloso, que un comportamiento imprudente, sencillamente, porque es mayor el desvalor de la acción, aunque el desvalor del resultado sea el mismo.



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 22 -

Más aún, tanto si se adopta en los fines de la pena una cada vez mas minoritaria posición retribucionista, como si se sigue la creciente corriente preventiva, ya sea general o especial, en ningún caso se puede prescindir de la exigencia de dolo o culpa con independencia de cual sea la importancia del bien jurídico tutelado. Desde la retribución, porque la pena no puede dejar de responder a la culpabilidad del sujeto, el reproche al comportamiento penado sería parcial, si se fundamentara sólo en los aspectos objetivos y desconociera los elementos subjetivos del comportamiento. Desde la prevención general, porque, como con acierto ha subrayado Hafke, ante la imposición de una pena a un comportamiento que no sea ni doloso ni culposo, ante el castigo de lo meramente accidental, los ciudadanos sentirían la impotencia que sienten frente a la acción de los fenómenos de la naturaleza. La ley que castigara igual todas las lesiones a un determinado bien jurídico, ya fueran dolosas, culposas o accidentales, perdería automáticamente cualquier capacidad preventiva frente a los ciudadanos, pues estos verían que la relevancia penal de sus comportamientos escapaba plenamente a su eventual control, pues sólo deben ser punibles los comportamientos previsibles y evitables (en este sentido son claves las aportaciones entre otros de Gimbernat o Muñoz Conde).

Desde la prevención especial, las exigencias de pena serán inexistentes en los casos de lesiones accidentales, pues la peligrosidad del que realiza un ataque de esta índole a un bien jurídico es nula. De igual manera, desde las tres mencionadas finalidades las exigencias-las necesidades de pena por tanto-serán mayores en los ataques dolosos que en los imprudentes. Pues el desvalor a retribuir será mayor, la pretensión de evitarlo por parte del legislador, vinculada a la amenaza de la pena, también, y, finalmente, porque la prevención especial tiene que estar sometida a la vigencia del principio de proporcionalidad, que llevará a que el carácter doloso o imprudente del delito tenga trascendencia en el juicio de peligrosidad.



Salvo que se entienda, con las implicaciones que conlleva, que la reacción punitiva por parte del Estado es una reacción ciega, y como tal exenta de la mínima racionalidad, debe excluirse la relevancia penal de los comportamientos accidentales y ser mayor la de los comportamientos dolosos que la de los imprudentes.

En suma, la importancia del bien jurídico es un rasgo clave para determinar la gravedad de la pena, pero en ningún caso es razón para prescindir de las exigencias que son presupuestos de la responsabilidad penal, como es la concurrencia de dolo o culpa, y que exteriorizan la parte indiscutida del contenido del principio de culpabilidad, que tal vez merece la pena recordar forma parte de nuestro acervo cultural, pues ya aparecía en la Ley romana de las Doce Tablas (alrededor del 450 antes de Cristo).

2.5-Establecido este primer presupuesto el paso siguiente es comprobar, si el art. 5 de la ley de control de armas puede realizarse tanto dolosa como culposamente, o solamente a título de dolo.

En primer lugar, enlazando con razones expuestas en el apartado anterior y que en último término engarzan con el principio de igualdad, no puede preverse la misma pena para un comportamiento doloso y un comportamiento culposo. Con lo que el art. 5 requiere para su realización la concurrencia de dolo "conocer y querer los elementos del tipo objetivo".

A este argumento se puede añadir el sentido de muchos de los verbos utilizados en el art. 5, que son clara expresión de una orientación final en la conducta. Lo que excluiría no ya la posibilidad de culpa sino inclusive de dolo eventual ("instruyeren, incitareren o indujereren..."). Esta exigencia, en correcta coherencia sistemática, debería apreciarse en los restantes verbos empleados en el tipo.

A todas estas razones hay que agregar la decisiva de la estructura que para la relevancia penal de los comportamientos culposos sigue la legislación chilena. Como se adelantaba, salvo castigo expreso, que aquí no se da, limita a los delitos contra las personas la relevancia penal.....



de los ataques imprudentes a los bienes jurídicos, art.490 y ss. del Código Penal.

Luego la aplicación a un comportamiento del art.8 de la ley de control de armas requiere que el autor del mismo conozca, en el supuesto de "ayudare", que su acción implica ayuda, que la ayuda lo es a la creación y funcionamiento de milicia privada, grupo de combate o partida militarmente organizada y armada, y que pese a ello se decide por la realización de este comportamiento. Exigencia a la que habría que añadir como componente del dolo, o elemento de la culpabilidad, el conocimiento de la antijuricidad de su comportamiento.

2.6- Este principio ha sido aceptado por los tribunales chilenos a la hora de aplicar el art.8 de la ley de control de armas. La sentencia nº988 del Segundo Juzgado Militar de Santiago de 29.5.1983 absuelve a una de las encausadas, acusada de haber cometido el delito de ayuda al funcionamiento de un grupo de combate armado del art.5 de la ley de control de armas, con el razonamiento, en su considerando nº6, que textualmente se transcribe: "...este sentenciador rechaza dicho cargo por cuanto si bien se encuentra legalmente establecido en autos que esta guardaba en el interior de su domicilio algunos bultos que contenían literatura marxista y una pistola (...) de propiedad del reo A.S., tanto este como la propia acusada se encuentran contestes en sus declaraciones judiciales en que esta última ignoraba el contenido de los paquetes y la afiliación política del aludido A.S....".

Mas aún, en el caso que nos ocupa aparece implícita la exigencia del principio de culpabilidad, pues en los hechos expuestos (apartado 1) hay comportamientos que objetivamente poseen análoga entidad, que los efectuados por D.Gustavo Villalobos y D.Ramiro Olivares, sin que sus autores hayan sido objeto de encausamiento. Por ejemplo, la conducta del chófer de la Vicaría (hecho nº4) del jefe del departamento jurídico (hecho nº6), de la asistente social (hecho



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 25 -

nº1)...,sin entrar en otras conductas que no aparecen en los hechos,pero que logicamente se produjeron.

La unica razón que juridicamente puede fundamentar esta selección tiene que radicar,necesariamente,en que se entienda por parte del Fiscal,que hay datos para pensar que D.Gustavo Villalobos y D. Ramiro Olivares conocían que D.Hugo Gómez Peña había intervenido en el asalto a la panaderia,y en tal situación deciden ayudarle.Lo que se abre entonces es valorar si en función de los hechos es correcta esta conclusión,que hay que probar y no simplemente presumir e invertir la carga de la prueba,pues si esto fuera así,careceria de justificación que esta presuncion no se siguiera para las restantes personas,que objetivamente realizan comportamientos analogos a los de D.Gustavo Villalobos y D.Ramiro Olivares.

Luego,se tiene que deducir que con buen criterio,en este caso,el Fiscal parte de exigir la vigencia del principio de culpabilidad,y no como presunción a destruir por los encausados,sino como realidad que debe ser probada por el tribunal en su sentencia.

2.7-En los hechos que se alcanza a conocer no existe base suficiente para poder llegar a sustentar tal conclusión:

A)No existe un conocimiento previo por parte de D.Gustavo Villalobos y D.Ramiro Olivares de los otros intervinientes,fuera del derivado de relaciones de trabajo.Así,ninguno de estos dos encausados conocía con anterioridad a Gomez Peña,lo que hubiera posibilitado el que también conocieran la supuesta condición de terrorista de este último (hecho nº 13).

B)En los hechos precedentes no hay por parte de las personas que trabajaⁿ en la Vicaria un comportamiento excepcional, que pueda fundamentar una motivación excepcional vinculada al conocimiento de las supuestas actividades de Gómez Peña.

Si repasamos los hechos con un minimo intento de sistematización podemos confirmar esta aseveración:en primer lugar,antes de que apareciese publicada en la prensa la noticia del asalto a la pa-



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 26 -

panadería (hecho nº5) no hay un sólo dato que pueda fundamentar el conocimiento de las supuestas actividades de D. Hugo Gómez Peña (todas las afirmaciones que siguen son de interés para valorar el comportamiento de D. Ramiro Olivares, pues la actuación de D. Gustavo Villalobos es posterior). Así:

- No es excepcional que una persona herida acuda a la Vicaría de la Solidaridad.

- No es excepcional el tratamiento que se proporciona a D. Hugo Gómez Peña en la Vicaría: recepción por la asistente social, paso al servicio médico, citación para presentar denuncia judicial (hecho nº1).

- No es anómala en la actual realidad chilena la explicación que D. Hugo Gómez Peña da a la asistente social sobre el origen de sus heridas (hecho nº1).

- No es excepcional que, dados sus antecedentes personales, Gómez Peña solicite no ser enviado a un hospital público (hechos nº 1 y 2).

- No es excepcional el envío de un paciente por la Vicaría a la Clínica Chiloe (hecho nº3).

- No es excepcional la forma seguida para proceder al traslado del paciente. Firma del médico de la Vicaría con membrete de la Vicaría (hecho nº3).

Como primera conclusión, hasta este punto, todos los hechos hacen pensar en la actuación normal por parte de la totalidad de los funcionarios de la Vicaría que intervienen, la asistente social, D. Ramiro Olivares y el chófer que conduce a la Clínica Chiloe al herido. Por otra parte, todos estos comportamientos son acordes con los fines asistenciales que persigue la Vicaría.

En segundo lugar, conocida a través de la prensa la noticia del asalto a la panadería, la huída de uno de los asaltantes, y la coincidencia del lugar del asalto con el mencionado por Gómez Peña, en la actuación de los miembros de la Vicaría, tampoco hay datos objetivos, que lleven a pensar, que la misma se realiza con el conocimiento de que, efectivamente, Gómez Peña había participado en referido asalto.



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 27 -

-La lectura de la noticia hace surgir dudas en la asistente social, primero, y en Alejandro Gonzalez, después, sobre la veracidad de lo afirmado por Gómez Peña. La existencia de duda sobre la realidad del comportamiento, que se está realizando, no basta para afirmar la condición dolosa del mismo, y máxime cuando la actuación de estas personas se dirige, en primer término, a intentar salir de la duda (no consiste en la actuación contando con la elevada probabilidad de un resultado, fundamentadora del dolo eventual). D. Alejandro González envía a D. Gustavo Villalobos y a D. Ramiro Olivares para que, de acuerdo con su instrucciones, se entrevisten con Gómez Peña y verifiquen la realidad de sus afirmaciones (hecho nº6). Es decir, realiza el comportamiento que le es exigible por el ordenamiento jurídico, se trata de una conducta que satisface plenamente el denominado "deber objetivo de cuidado".

-D. Gustavo Villalobos y D. Ramiro Olivares realizan un comportamiento, acorde con las instrucciones recibidas, encaminado a esclarecer y no a ayudar a un presunto terrorista: se entrevistan con los médicos de la clínica; se entrevistan con Gómez Peña, que se ratifica en sus afirmaciones; citan a Gomez Peña al día siguiente para formalizar denuncia sobre la agresión sufrida (hecho nº7).

En función de estos datos objetivos no existía, aparte de la noticia del periódico, un sólo dato adicional que hiciera dudar a D. Gustavo Villalobos y a D. Ramiro Olivares de la veracidad de lo afirmado por el auxiliado.

-Sobre estas bases la conducta de los dos encausados al adquirir ropa para Gomez Peña, con la finalidad de que pueda abandonar la clínica en la que ha sido dado de alta, es explicable en su motivación desde las finalidades afrontadas por la Vicaria, tal como después ratifica la propia Vicaria, y valorada en el contexto de los restantes hechos, no se trata del comportamiento de quien actúa movido por la pretensión de ayudar a una persona a que eluda la acción de la justicia (tengase presente: toda la conducta precedente de los dos encausados, la cita fijada para el día siguiente para formalizar la denuncia y toda la actuación posterior de D. Gustavo



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 25 -

Villalobos y D. Ramiro Olivares.

En síntesis, la adquisición de ropa para Gómez Peña es mucho más fácil de explicar, desde la motivación del que ayuda a un necesitado, que desde la de quien ayuda a un presunto terrorista.

Técnicamente si se sostiene, lo que como se vio en el primer apartado no se comparte, que la conducta de D. Gustavo Villalobos y D. Ramiro Olivares llena el tipo objetivo del art. 5 de la ley de control de armas, habría que entender que dicha actuación está afectada de error de tipo, al darse un desconocimiento o un conocimiento equivocado de uno de los elementos del tipo objetivo, en este caso la condición de Gómez Peña de integrante de un grupo armado. El carácter vencible o invencible del error determina, si así se prevé en el correspondiente ordenamiento, su posible relevancia como delito imprudente (cuasidelito en el Código Penal chileno). En el caso que nos ocupa, aunque siempre llegaríamos a la impunidad, dada la no relevancia penal de la realización culposa ^{de la conducta} prevista en el art. 5 de la ley de control de armas, la situación de error debería ser calificada como invencible. Pues, concurriendo la duda, tanto D. Gustavo Villalobos como D. Ramiro Olivares realizan la conducta que les es exigible para poder salir de ella. Otro comportamiento, como podría ser interrogar otras personas, reinterrogar a Gómez Peña etc, le puede ser exigido, por ejemplo, a un funcionario de policía, a un fiscal, o a un juez, pero en ningún caso a un ciudadano que carezca de tal condición, como son los dos encausados. Pero, aunque se calificara el error como vencible, como se adelantó, estas conductas carecerían de relevancia penal, ya que, como reiteradamente se ha sostenido, el art. 5 de la ley de control de armas sólo puede ser realizado a título de dolo.

2.8- En contra de esta consideración de los hechos se puede aducir tan sólo el testimonio del propio Gómez Peña, que en un careo con D. Gustavo Villalobos afirma, que al llegar este último a la clínica ya sabía que él había participado en el asalto a la panadería y en la muerte del carabinero. Lo que es tajantemente rechazado tan-



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 29 -

to por D.Gustavo Villalobos como por D.Ramiro Olivares(hecho nº5) Varias razones deben llevar a rechazar la veracidad del testimonio de Gomez Peña.En primer lugar,como se ha pretendido demostrar en los números precedentes,todo los hechos parecen abonar el contenido de las declaraciones de D.Gustavo Villalobos y D.Ramiro Olivares.No existe un solo dato que apoye la tesis de Gómez Peña, pues si los hechos son como este último pretende,la única fuente por la que D.Gustavo Villalobos y D.Ramiro Olivares podían haber llegado a conocer la participación de Gómez Peña en la acción terrorista,habría sido la declaración de este último.¿cuando y donde confesó su participación?.

En segundo lugar,el valor del testimonio de Gómez Peña está condicionado por el interes que el mismo tiene en el proceso,que se refleja entre otras cosas en los beneficios que de cara a la depuración de su responsabilidad penal puede suponerle cualquier gesto de colaboración con la administracion de Justicia.Tengase presente el contenido del art.4 de la ley antiterrorista chilena,que guarda analogía con la conocida institución europea de los "arrepentidos".Esta institución,introducida en Italia por la ley Reale de 1.950 y en España en el art.6 de la ley antiterrorista de 1.984, ha sido criticada por la doctrina (Ferrajoli,Resta,Arroyo,entre otros)porque,además de otros motivos,supone un peligro de creación de pruebas falsas.

2.9-En conclusión,no es defendible sostener la responsabilidad penal de D.Gustavo Villalobos y D.Ramiro Olivares si se tiene presente la vigencia del principio de culpabilidad en la legislación chilena,y por tanto en el art.8 de la ley de control de armas.En especial,si se considera que no hay un solo dato objetivo que permita sostener que ambos conocian con anterioridad que Gómez Peña habia intervenido en el asalto de la panaderia,fuera de la declaración interesada y sin fundamento de Gomez Peña.



3.-Causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo. Su aplicación a los hechos objeto de dictamen.

3.1-Las causas de justificación en general cumplen la función de resolver conflictos sociales, de dar vía a la posición del ordenamiento jurídico en supuestos que colisionan intereses de diversa índole.

La causa de justificación del nº10 del art.10 del Código Penal cumple aún una función de más trascendencia, ^{Pues,} al poner en conexión el derecho penal con el resto del ordenamiento jurídico, hace que un comportamiento no pueda ser a la vez querido y no querido por el ordenamiento jurídico. Esta causa de justificación se vincula, como con claridad expone Mir respecto a la análoga del Código Penal español, al carácter de ultima ratio que debe poseer la ley penal. Si una rama del ordenamiento jurídico impone un deber o concede un derecho, su cumplimiento o su ejercicio, que el ordenamiento impone o autoriza, porque es útil para la convivencia social, no puede pretender ser evitado por el ordenamiento jurídico penal, no puede ser por tanto contrario a derecho.

Entre los ejemplos tradicionales que se utilizan para exponer esta eximente en su vertiente de ejercicio de un oficio o profesión está precisamente el ejercicio de la actividad médica y de la abogacía, asentadas normalmente ambas en preceptos de rango constitucional. La actividad médica, conectada a los preceptos reguladores del derecho a la salud- Constitución de Chile de 1.980, art.19 nº9- y la actividad del abogado al derecho a la defensa jurídica- Constitución de Chile de 1.980, art.19 nº3-. Pues ninguno de los dos derechos puede concebirse sin el correspondiente y paralelo derecho, del médico a buscar la salud del paciente y del abogado a llevar a término la defensa del cliente.

La exigencia del código de que el ejercicio sea "legítimo", constituye una referencia a que el ejercicio de un derecho, autoridad, oficio



o cargo, no constituya una carta en blanco, sino que a su vez está sometido a límites, exteriorizados en principios de rango constitucional como los de proporcionalidad o necesidad. Pretender que el carácter "legítimo" se refiere a que necesariamente el límite del ejercicio de un derecho y oficio esté en el contenido del propio Código Penal, supone negar a esta eximente cualquier posibilidad de aplicación. Si aparece en el art. 10 es, precisamente, para convertir en legítimas conductas que sino serían contrarias al ordenamiento jurídico por realizar un tipo de la legislación penal.

3.2-El debatir la aplicación o no de esta eximente a la actuación de D. Gustavo Villalobos y D. Ramiro Olivares tiene sentido, sólo si se ha resuelto afirmativamente el carácter típico de sus conductas. Posición, que como se ha venido sosteniendo, no se comparte. Sistemáticamente el examinar esta causa de justificación antes o después del principio de culpabilidad dependerá de la posición que se asigne al dolo. Si se entiende, como parece más correcto, que el dolo forma parte del tipo, sólo habrá que llegar a examinar la concurrencia de esta causa de justificación, si se ha resuelto afirmativamente el carácter doloso de la conducta de los dos profesionales mencionados, posición que también se rechaza en el dictamen. Si, por el contrario, se considera al dolo como forma de culpabilidad, antes de llegar a él tendrá que haberse negado la concurrencia de esta causa de justificación. (Sobre estas bases sistemáticas lo que sigue es aplicable con independencia del momento sistemático de su estudio).

3.3-Para la eventual apreciación de esta eximente, en los hechos que preceden, se requiere probar la cumplimentación de dos requisitos:

A) Existencia de una relación abogado-cliente y médico-paciente entre D. Gustavo Villalobos y D. Ramiro Olivares de un lado, y D. Hugo Gómez Peña de otro.

B) Demostrada la existencia de dicha relación, constatar que los dos



mencionados profesionales se han movido, en todo lo que suponga realización del tipo, dentro de los límites del ejercicio de la actividad de defensa o actividad médica. La constatación del primer requisito es condición indispensable para poder hablar de esta eximente, pues determina la existencia del derecho oficio o cargo. En cambio, el segundo requisito da contenido al carácter legítimo del ejercicio. La actuación fuera de los límites puede llevar a la aplicación de la denominada eximente incompleta, la atenuante 1 del art. 11 del Código Penal.

Si comprobamos la presencia de estos dos requisitos en los hechos objeto del dictamen encontramos lo siguiente:

A) La existencia de la mencionada relación no está condicionada por la presencia de una prueba documental entre las partes, sino simplemente se exige una situación fáctica en la que una persona requiera la tutela de su salud o la defensa jurídica. En los hechos tal relación se da sobradamente al acudir Gomez Peña a la Vicaria el 28.4.1.986 y demandar tal asistencia, lo que, por otro lado, queda formalmente constatado en la ficha de entrada que al mismo se le hace (hecho nº1), y con posterioridad al citarle al día siguiente en la Vicaria para proceder a presentar la consiguiente denuncia judicial (hecho nº7).

Ahora bien, la no cuestionable existencia de una relación entre Gomez Peña y la Vicaria no puede servir de base para sostener que por tanto, tal relación no existe entre Gomez Peña y los dos profesionales que le atienden. Sin necesidad de remontarse a la teoría general de las personas jurídicas, la actuación de la Vicaria, persona jurídica, se desarrolla siempre a través de personas físicas, en este caso un médico y un abogado, que al ejercer su labor lo hacen en su condición de tales. La situación es análoga a la del que acude a un hospital a demandar asistencia y la dirección del hospital le asigna un médico, que indudablemente actúa en el ejercicio de su profesión u oficio, o la del que acude a una firma de abogados donde se le designa un determinado letrado, que indudablemente también actúa en el ejercicio de su profesión u oficio.



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 33 -

B) Establecida la existencia de la relación base, queda abierta la interrogante de si todas las actuaciones de D. Gustavo Villalobos y D. Ramiro Olivares en relación a D. Hugo Gomez Peña pueden ser incluidas dentro de la actividad profesional o si, por el contrario, existen conductas típicas que en ningún caso son incluibles o que suponen una extralimitación.

Parece fuera de duda, que la asistencia que el Dr. Olivares presta en la Vicaria al herido queda dentro de sus obligaciones como médico, que realiza por tanto el comportamiento que objetivamente le exige el ordenamiento jurídico y todos los códigos deontológicos nacionales e internacionales, que regulan su profesión. Ya que, sino estaba capacitado por sus conocimientos o por los medios de que disponía para la asistencia al herido, la satisfacción del deber objetivo de cuidado le imponía el comportamiento que justamente hizo: tras una primera cura enviarle a un centro donde sí hubiera posibilidades de medios para afrontar el tratamiento (hecho nº1). De igual forma debe valorarse su conducta posterior, cuando acude a la Clínica Chiloe a interesarse por la salud del herido en compañía del letrado D. Gustavo Villalobos.

Por su parte, D. Gustavo Villalobos es designado por el jefe del Departamento Jurídico de la Vicaria, D. Alejandro González, para que lleve a cabo la labor de asistencia jurídica que desempeña esta institución en relación a Gomez Peña (hecho nº6). Esta labor de asistencia pasa, en primer término, por esclarecer la veracidad o no del relato de Gómez Peña, pues, de acuerdo con las pautas de comportamiento de la Vicaria, su asistencia se subordina a la no condición de terrorista del asistido. El abogado Villalobos acude a la Clínica Chiloe, intenta esclarecer los hechos, cita a Gómez Peña al día siguiente en la Vicaria, y compra junto con el doctor Olivares ropa por valor de 6.640 pesos, que entrega a Gomez Peña.

Aunque, a un observador que busca ser imparcial, le parezca sorprendente que la cuestión clave vuelva a ser, si comprar ropa por el referido valor queda comprendido o no dentro de los límites del deber de asistencia o del derecho de defensa, parece necesario pro-



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 34 -

nunciarse sobre este punto.

Una concepción restringida de los referidos derechos llevaría a excluir de su ámbito esta conducta. Pues, desde este punto de vista la asistencia médica consistiría exclusivamente en el tratamiento clínico o en la actividad quirúrgica, y el ejercicio del derecho de defensa solo alcanzaría al diálogo estrictamente jurídico tenido con el cliente o a la intervención ante los tribunales. Tal planteamiento debe rechazarse, entre otras, por dos razones. En primer término, por el propio contenido de ambas relaciones, necesariamente más complejo e integral, que lleva que actividades que no sean estrictamente las de defensa o tratamiento médico, pero que exterioricen la relación entre el profesional y el cliente deban quedar incluidas dentro de ella. En segundo lugar, por las inadmisibles consecuencias a las que conduciría una concepción restringida. Por ejemplo, el abogado que invita a su cliente a comer se convertiría según el exótico razonamiento que parece adivinarse tras el presente encausamiento, en encubridor ^{o partícipe del} delito presuntamente realizado por su cliente.

La argumentación cobra más peso si se consideran los fines de la institución para la que trabajan el Dr. Olivares y el abogado Villalobos. Si se tiene presente que la Vicaría busca no la mera asistencia médica o jurídica, sino algo más, una integral asistencia social. En este sentido no debe olvidarse que la Vicaría es una institución legítima y jurídicamente reconocida.

3.4-En suma, debe ser incluida en la eximente 10 del art. 10 la conducta del médico y del abogado, miembros de una institución que tiene por objetivo prestar asistencia integral a los que a ella acuden, al comprar ropa a quien carece de ella. En especial por que se les había encomendado la asistencia médica y jurídica. Por el contrario, debería ser apreciada la atenuante primera del art. 11 del código penal si, afirmada la existencia de la relación base, se defendiera, con las consecuencias apuntadas, la extralimitación del abogado Villalobos y del Dr. Olivares al llevar a cabo la



mencionada compra de ropa y su posterior entrega a Gomez Peña.

3.5-Por último cabe plantearse la posibilidad de aplicar al Dr.Olivares la sanción del art.494 del Código Penal,por incumplimiento de las obligaciones que impone el art.135 del Código de Procedimiento Penal.

Este último precepto establece que:"Toda persona a cuyo cargo inmediato se encuentre un hospital u otro establecimiento de calidad semejante sea público o privado,dará en el acto cuenta al juzgado del crimen de la entrada de cualquier individuo que tenga lesiones corporales...".Es claro que en los hechos no se cumplimenta la obligación que emana de este artículo,lo que no está tan claro es que el titular de esa obligación sea precisamente el Dr.Olivares. Desde el momento en que el herido acude a la Vicaria,es esta entidad la que asume el cuidado de sus lesiones.La responsabilidad de dar cumplimiento al deber del art.135 del Código de Procedimiento Penal,recae en la persona física de la Vicaria,que cumpla los terminos del art.135.Sólo si esto se produce en el Dr.Olivares(para delimitarlo habria que analizar precedentes de los que no se dispone),le seria eventualmente aplicable a él la sanción del art.494 del Código Penal.Pero,aún en este caso,las circunstancias que se dan en los hechos podrian atenuar e incluso llegar a eximirle de responsabilidad por esta infracción:haber citado a Gomez Peña para el día siguiente para formalizar la denuncia(con lo que se produciría la notificación),el trabajo intenso desarrollado por el Dr.Olivares en la Vicaria,la posible creencia de que dicha obligación hubiera sido ya cumplimentada etc.,son datos que permiten aproximar la conducta del Dr.Olivares a supuestos de no exigibilidad de otra conducta.

Ahora bien,la eventual responsabilidad del médico,que es sostenible,si precisamente en este caso es él el sujeto de la obligación del art.135 del Código de Procedimiento,para nada afecta a la eventual aplicación de la eximente 10 del art.10,a la actividad asistencial que realiza.Pues el art.136 del código de procedimiento



to no se refiere al ejercicio de la actividad médica, a la denominada "lex artis", sino a la defraudación de una obligación posterior conectada con el funcionamiento de la administración de justicia.

III-CONCLUSIONES

1)-El art.6 de la ley de control de armas y el nº11 del art.1 de la ley antiterrorista constituyen preceptos claramente diferenciados. El art.6 gira en torno a la existencia de una asociación poseedora de los rasgos que en el se enumeran, mientras que en el precepto de la ley antiterrorista se está ante la relevancia penal de los delitos en ella contemplados.

2)-El tipo objetivo del art.6 de la ley de control de armas no es aplicable a la actuación de D.Gustavo Villalobos y D.Ramiro Olivares. Pues:

-No se da el elemento central del tipo: La existencia de una milicia privada, grupo de combate o partida militarmente organizada armada.

-La conducta de ambos no es incluíble dentro del termino "ayudaren".

-No se da la relación permanente, inherente a que la ayuda lo sea a la creación y funcionamiento.

-La presunta ayuda prestada a Gomez Peña lo es siempre a título estrictamente individual.

3)El principio de culpabilidad, concretado en la existencia de dolo o culpa en cualquier comportamiento penalmente relevante, es una exigencia derivada del propio Código Penal, del Código de Procedimiento Penal y del texto constitucional, fundamentada desde los fines de la pena y recogida por los tribunales chilenos.



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

- 37 -

4)-El art.5 de la ley de control de armas requiere para su realización la presencia de dolo, siendo irrelevante por las peculiaridades de la legislación penal chilena, la realización imprudente de las conductas descritas en el mismo.

5)-En el caso en que se rechace el contenido de la conclusión nº2 y se estime que D.Gustavo Villalobos y D.Ramiro Olivares realizan el tipo objetivo del art.5 de la ley de control de armas, tiene que excluirse que se trate de una realización dolosa, por lo que no sería defendible la relevancia penal de su comportamiento.

6)-La aplicación de la eximente 10 del art.10 está condicionada a la existencia de una relación que pueda sustentar la presencia de un deber, derecho, autoridad, oficio o cargo y a que su ejercicio se mantenga dentro de los límites que permiten afirmar su carácter legítimo.

7)-Si se rechazan las conclusiones nº 2 y 5 habría que afirmar que el abogado Villalobos y el Dr.Olivares actúan amparados en esta causa de justificación. Pues existe la relación base con Gómez Peña y su ejercicio se ajusta a una concepción integral de la misma. Si no se admite este planteamiento habría que aplicar la eximente completa el art.11 nº1.

Dictamen que emito, a salvo de otra opinión en derecho mejor fundada, en Salamanca a primero de Agosto de mil novecientos ochenta y seis.