

Boletín del Ministerio Público



MINISTERIO
PÚBLICO
FISCALÍA NACIONAL

Boletín del Ministerio Público

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Guillermo Piedrabuena Richard

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz
Coordinador

Blanca Alarcón Zúñiga
Iván Fuenzalida Suárez
Sandra Luco Castro
Ricardo Mestre Araneda

Colaboradores:

Andrea González Leiva

Anriette Silva Fierro
Secretaria

El Boletín del Ministerio Público (ISSN N° 0718-0543) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. Contiene 1.- Jurisprudencia (fallos de Juzgados de Garantía, Tribunales del Juicio Oral en lo Penal, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema correspondientes al nuevo proceso penal); 2.- Comentarios de Jurisprudencia (artículos en que autores pertenecientes al Ministerio Público o externos analizan aspectos doctrinarios interesantes de fallos correspondientes al nuevo procedimiento penal); 3.- Artículos e Informes de autores pertenecientes al Ministerio Público o externos que analizan diversos temas de derecho, principalmente derecho penal y procesal penal, o se informa sobre distintos aspectos relativos a la reforma procesal penal; y 4.- Oficios e Instrucciones del Fiscal Nacional.

La Fiscalía Nacional agradece el envío de trabajos para ser publicados en el Boletín, tanto de profesionales pertenecientes al Ministerio Público como externos. Estos trabajos pueden consistir en Comentarios de Jurisprudencia; Artículos; Informes y Reseñas bibliográficas o legislativas.

El envío de trabajos para su publicación y toda solicitud de canje o donación del Boletín debe dirigirse al abogado de la División de Estudios, Iván Fuenzalida Suárez (Encargado del Boletín del Ministerio Público).

Dirección: General Mackenna 1369, 2° piso, Santiago, Chile.

E-mail: ifuenzalida@minpublico.cl

Teléfono: 6909290

ÍNDICE

PRÓLOGO

7

I. FALLOS

Juzgados de Garantía

Declara que el elemento de la intimidación se cumple ante una amenaza verosímil de un mal para la víctima, independientemente de si el arma utilizada era apta o no para disparar. **Tribunal de Garantía de Castro**, ocho de febrero de dos mil cinco.

11

Declara que jurar hechos falsos a sabiendas ante un Notario, configura el delito de perjurio ante la autoridad. **Tribunal de Garantía de Castro**, diecisiete de febrero de dos mil cinco.

17

Tribunales de Juicio Oral en lo Penal

Declara que la atenuante de reparar con celo el mal causado exige una firme búsqueda de reparación que demuestre la convicción íntima de disminuir el daño provocado. **Tribunal de Juicio Oral de Valdivia**, veintiséis de febrero de dos mil cinco.

19

En voto dividido rechaza calificar el homicidio, porque no estimó probada la concurrencia de los elementos que configuran las calificantes 1ª, 4ª y 5ª del artículo 391 del Código Penal. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena**, diecisiete de marzo de dos mil cinco.

28

Condena por el delito de lesiones graves gravísimas, porque el piedrazo lanzado por el acusado contra el auto que transitaba por la autopista hizo perder a la víctima la visión total de su ojo derecho. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua**, diecinueve de marzo de dos mil cinco.

38

Declara que la inimputabilidad penal por incapacidad mental no dice relación con la inteligencia, sino con patologías que afectan la voluntad. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia**, diecinueve de marzo de dos mil cinco.

49

Respecto a la alegación de concurrir la agravante del artículo 12 N° 12 del Código Penal en el delito de robo con violación, el Tribunal declara que corresponde aplicar la agravante especial del artículo 456 bis N° 1 del mismo código por ser este delito un atentado contra la propiedad en que, dada la mayor peligrosidad demostrada, el legislador sanciona con una penalidad propia. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique**, veintidós de abril de dos mil cinco.

57

Cortes de Apelaciones

Señala que al invocar la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal se debe señalar la norma erróneamente aplicada. **Corte de Apelaciones de Puerto Montt**, uno de febrero de dos mil cinco. 70

Declara que al aplicarse el artículo 395 del Código Procesal Penal, el Juez de Garantía no puede hacer un análisis más allá de verificar la presencia de un delito, debiendo dictar sentencia inmediatamente. **Corte de Apelaciones de Valdivia**, cuatro de marzo de dos mil cinco. 72

Declara que la determinación de los hechos es facultad privativa de los jueces del fondo, no siendo revisable esta determinación fáctica por medio del recurso de nulidad. **Corte de Apelaciones de Puerto Montt**, diez de marzo de dos mil cinco. 75

Acoge recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho interpuesto por el Ministerio Público en contra del fallo que absolvió al imputado del delito de desacato reiterado fundado en una supuesta falta de requisitos para su configuración. **Corte de Apelaciones de Punta Arena**, veintinueve de mayo de dos mil cinco. 78

Declara que el elemento fuerza que contempla el artículo 361 N° 1 del Código Penal se cumple ante un abrazo sorpresivo y por la espalda, porque basta que venza o impida la manifestación de voluntad contraria de la víctima. **Corte de Apelaciones de Arica**, treinta de junio de dos mil cinco. 90

Declara que el concepto de autoridad del artículo 264 del Código Penal incluye a los fiscales adjuntos. **Corte de Apelaciones de Iquique**, diez de agosto de dos mil cinco. 107

Declara que la disposición efectiva de las especies sustraídas corresponde al agotamiento del delito, no a su consumación. **Corte de Apelaciones de Santiago**, ocho de septiembre de dos mil cinco. 119

Corte Suprema

Declara que la admisibilidad del recurso de apelación no es susceptible de ser revisada por medio del recurso de queja, así como el acoger o rechazar circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal es resorte exclusivo de los jueces del fondo. **Corte Suprema**, nueve de agosto de dos mil cinco. 122

Señala que corresponde a los jueces apreciar la calificación de una figura de microtráfico a la luz de todos los antecedentes de la causa. **Corte Suprema**, nueve de agosto de dos mil cinco. 125

Declara que la garantía del debido proceso alcanza también al Ministerio Público, por lo que resulta legítimo que éste alegue la vulneración de dicha garantía frente a la exclusión de parte de su prueba durante el juicio oral. **Corte Suprema**, catorce de septiembre de dos mil cinco. 129

Declara que las “circunstancias relevantes” del artículo 391 del Código Procesal Penal no incluyen los “antecedentes calificados” del inciso 2º del artículo 395, por cuanto los segundos nacen de una atribución exclusiva del Juez. **Corte Suprema**, veintitrés de septiembre de dos mil cinco. 134

Señala que la falta de congruencia entra la acusación y la formalización de la investigación a que se refiere el inciso final del artículo 259 no produce la nulidad, porque este vicio da origen a la necesidad de subsanar la acusación de acuerdo al artículo 270, ambos del Código Procesal Penal. **Corte Suprema**, veintitrés de septiembre de dos mil cinco. 139

Recuerda que el control sobre la prueba que la Corte puede hacer, sólo es posible cuando la actuación del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal ha sido notoriamente irracional o arbitraria. **Corte Suprema**, cuatro de octubre de dos mil cinco. 143

II. SENTENCIAS COMENTADAS

Comentario de sentencia del Juzgado de Garantía de San Antonio de 22.07.2005.
Silvia Peña Wasaff 151

Comentario de fallo de nulidad dictado por la Corte Suprema el 10.08.2005.
Silvia Peña Wasaff 160

III. ARTÍCULOS

Tribunal Competente para la Regulación de las Costas.
Raúl Tavolari Oliveros 171

IV. OFICIOS E INSTRUCCIONES

OFICIO FN N° 523
Imparte orientaciones generales respecto de la nueva ley 20.061 de 10.09.05 que modificó la ley 17.798.
13 de septiembre de 2005 179

OFICIO FN N° 525
Imparte orientaciones generales respecto de la nueva ley 20.048 de 31.08.05 que modificó el Código Penal y el Código de Justicia Militar en materia de Desacato.
13 de septiembre de 2005 182

OFICIO FN N° 549
Comentarios sobre la Ley 20.064, que modifica el Código de Justicia Militar y el Decreto Ley N° 2.460 de 1979, respecto a delitos contra personal de Carabineros y de la Policía de Investigaciones.
25 de septiembre de 2005 185

OFICIO FN N° 551

Formula comentarios e imparte instrucciones sobre Ley 20.066, que sustituye la ley de violencia intrafamiliar.

29 de septiembre de 2005

191

PRÓLOGO

Nos es grato entregar a nuestros lectores un número más del Boletín del Ministerio Público, en este caso el correspondiente al tercer trimestre del año 2005.

Como siempre, esta edición incluye abundante material jurisprudencial de los tribunales del nuevo sistema y de nuestros tribunales superiores. La selección de fallos publicados cuida incorporar tanto aspectos procesales como sustantivos. Así destacan fallos que se pronuncian sobre las facultades del ente judicial frente a determinadas figuras o instituciones del procedimiento, como la de resolución inmediata del artículo 395, o la improcedencia de revisar la admisibilidad del recurso de apelación vía recurso de queja, como también se publican otros que se refieren a los presupuestos necesarios para configurar las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, la admisibilidad de la alegación del debido proceso por parte del Ministerio Público o los presupuestos de consumación en un delito de hurto cometido al interior de un supermercado.

En nuestra sección de fallos comentados, destacamos un interesante comentario sobre la exclusión de prueba en el juicio abreviado, mientras que en nuestra sección de artículos, el profesor Raúl Tavolari nos ilustra sobre el tribunal competente para efectuar la regulación de costas.

Finalmente, en la sección de Oficios e Instrucciones incluimos las que impartiera el Fiscal Nacional del Ministerio Público en materia de recientes modificaciones introducidas al Código Penal y al Código de Justicia Militar en delitos de desacato y de maltrato a personal policial, respectivamente. Se incluye, además, un oficio que comenta e imparte instrucciones en relación con la ley 20.066, que sustituye la anterior Ley de Violencia Intrafamiliar.

Saludamos a nuestros lectores y, como siempre, quedamos atentos a sus comentarios, sugerencias y aportes.

Fiscalía Nacional del Ministerio Público



I

Fallos

JUZGADOS DE GARANTÍA

- **Declara que el elemento de la intimidación se cumple ante una amenaza verosímil de un mal para la víctima, independientemente de si el arma utilizada era apta o no para disparar.**

Tribunal: Tribunal de Garantía de Castro.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de robo con intimidación, alegando la concurrencia de la agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal. El acusado admitió su responsabilidad, procediéndose de acuerdo al procedimiento abreviado. La Defensa solicitó la recalificación del ilícito al delito de hurto, porque habría faltado el elemento de la intimidación al haberse usado en el hecho una pistola de fogeo no apta para disparar. Solicitó, además, el rechazo de la agravante invocada por el Ministerio Público, porque al ser los demás hechos menores de edad, resultaban inimputables penalmente, así como el reconocimiento de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal. El Tribunal condenó por el delito de robo con intimidación, señalando que dado que al momento de actuar, el imputado portaba un arma con apariencia de real, hizo que las víctimas se sintieran bajo una amenaza seria e inminente que las dejaba a merced del hechor, recordando que la doctrina aclara que la intimidación se produce cada vez que el mal aparece como verdadero y posible para la víctima. En cuanto a la atenuante alegada por la Defensa, la rechazó en atención a que si bien el acusado prestó declaración ante la Fiscalía reconociendo su responsabilidad, esta colaboración no alcanzó el nivel de sustancial que exige la norma, puesto que aún prescindiendo de ella, tanto el hecho como la participación se encontraban probados. Finalmente, respecto de la agravante especial del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, el Tribunal la rechazó señalando que en el juicio en cuestión sólo se probó la participación de un autor, faltando así el elemento numérico que exige la ley.

Texto completo:

Castro, ocho de febrero del año dos mil cinco.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante el Juzgado de Garantía de Castro, se ha tramitado el presente juicio, RUC 0300207672-0, RIT 5-2003, según las normas del procedimiento abreviado de los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal.

El Ministerio Público, representado en esta audiencia por el señor Fiscal don Daniel Alvarado Tiquer, con fecha 4 de enero del presente acusó a **JOSÉ LUIS MACÍAS MACÍAS**, RUN 16.449.386-5, sin profesión u oficio conocido, nacido el 19 de diciembre de 1987, domiciliado en Aureliano Valésquez N°738, Población Camilo Henríquez, de la ciudad de Castro.

Desde las primeras diligencias realizadas en la causa el acusado, ya individualizado, fue asesorado y representado por Abogados de la Defensoría Penal Pública, y en esta audiencia por doña María del Rosario Salamanca Huenchullan, domiciliada en Serrano N° 565, comuna de Castro.

SEGUNDO: Que la Fiscalía Local en su presentación y como fundamento de la acusación, señaló los siguientes hechos: "El día 22 de diciembre de 2003, alrededor de las 09:30 horas, el acusado junto a otros sujetos menores de 16 años, ingresaron al almacén denominado "Aly" ubicado en calle Jorge Alessandri N°474, Villa Los Presidentes, de la ciudad de Castro, procediendo el acusado a intimidar con un revólver a la dueña del local comercial, doña Allison Romanet Olivares Lobos y a su dependiente doña Mariela Martina Silva Bastías, sustrayéndoles con ánimo de lucro, una suma total

de \$10.000 (diez mil pesos) entre monedas y billetes y cinco desodorantes, para posteriormente darse a la fuga ante los gritos de auxilio de las víctimas”.

Señala que los hechos anteriormente descritos se enmarcan en el delito de robo con intimidación, en grado consumado, previsto y sancionado en el artículo 436 del Código Penal y la participación que se atribuye al imputado es en calidad de autor.

Señala que concurre la circunstancia atenuante de responsabilidad establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal y la agravante de ser dos o más los malhechores del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, por lo que atendido su minoría de edad, solicita sea condenado a la pena de 4 años y cien días de presidio menor en su grado máximo, accesorias respectivas y pago de las costas de la causa.

Por su parte, el acusado Macías Macías, asesorado por su abogado defensor, reconoció expresa y claramente cada uno de los hechos enunciados y los antecedentes de la investigación en que se fundan, en audiencia celebrada ante este Tribunal con fecha tres de febrero del presente año, habiéndose comprobado por este Juez de Garantía, la ausencia de presiones dirigidas al imputado y su voluntad libre en el reconocimiento de los hechos referidos.

En la audiencia precitada, existiendo acuerdo de los intervinientes en orden a proceder según las normas del juicio abreviado y previa aprobación del Tribunal en tal sentido por cumplirse los requisitos que establece el artículo 410 del Código Procesal Penal.

Por su parte el abogado defensor solicitó la absolución o se recalifique el delito al de hurto de especies, la aplicación de las atenuantes que indica, se deseche la agravación de responsabilidad, y exima del pago de las costas de la causa y beneficios de la Ley 18.216.

TERCERO: Que el Tribunal da por probado el siguiente hecho, en virtud del reconocimiento del imputado y de los antecedentes de investigación presentados al Tribunal por la fiscalía, exhibidos oportunamente a la defensa: El día 22 de diciembre de 2003, alrededor de las 09:30 horas, el acusado ingresó al almacén denominado “Aly” ubicado en

calle Jorge Alessandri N° 474, Villa Los Presidentes, de la ciudad de Castro, procediendo a intimidar con un revólver a la dueña del local comercial, doña Allison Romanet Olivares Lobos y a su dependiente doña Mariela Martina Silva Bastías, sustrayéndole con ánimo de lucro, una suma total de \$10.000 (diez mil pesos) entre monedas y billetes y cinco desodorantes, para posteriormente darse a la fuga ante los gritos de auxilio de las víctimas.

CUARTO: Que la existencia de este hecho y la participación del acusado en los términos expuestos se tienen por probados, además del reconocimiento del imputado, por los siguientes antecedentes, todos agregados a la carpeta investigativa acompañados por la Fiscalía:

a) Copia de sentencia del Juzgado de Menores de esta comuna la que declara que el menor Macías Macías actuó con discernimiento en los hechos materia de la acusación.

b) Informe pericial balístico N° 7 de fecha 3 de marzo de 2004 el que concluye que el arma incautada corresponde a un revólver a fogueo, no apto para disparar proyectiles balísticos, debido a las anomalías que presenta y que el ánima del cañón no se encuentra horadada.

c) Declaración del funcionario aprehensor Pedro Macías Macías, quien señala haber escuchado al detenido Macías Macías relatar a otro sujeto que había robado con un revólver un negocio en la Población Los Presidentes.

d) Atestados de Marco Alderete Barría quien señala que el día 22 de diciembre de 2003 alrededor de las 10:00 o 09:45 horas, entraron a su negocio unos sujetos, uno de ellos ubica como el Quemado, quien en un momento le mostró un arma que andaba trayendo, y le dijo “ando con fierro”.

e) Declaración de Allison Olivares Lobos quien señala que el día 22 de diciembre de 2003 alrededor de las 09:30 horas unos sujetos jóvenes entraron al negocio que estaba atendiendo, uno de ellos, que se tapaba la boca con una chaqueta y portaba en sus manos un arma de fuego con la cual la apuntó le dijo “esto es un asalto, quiero la plata”, instantes en que uno de los sujetos sacó unos desodorantes del estante y otras cosas. Señala que los sujetos huyeron pues ella se puso a gritar pidiendo auxilio. Agrega que sustrajeron la suma de \$3.000 en billetes y alrededor de \$7.000 en monedas. Año-

de que en todo momento pensó que el arma era de verdad y que podían dispararle con ella, asustándose mucho. Ubica al sujeto que portaba el arma como “el Quemado”. Agrega que producto del susto y su estado de embarazo tiene síntomas de pérdida y no puede quedarse sola en el negocio.

f) Declaración de Mariela Silva Bastidas quien señala que el día 22 de diciembre de 2003 alrededor de las 09:30 horas, en circunstancias que estaba atendiendo un local comercial, unos sujetos ingresaron al interior portando uno de ellos una arma de fuego con la que apuntó a Allison y a ella para que no se moviera diciendo “esto es un asalto, entrégueme la plata”, momentos en que un menor de unos 10 años, ayudó a sacar monedas de la caja y sacó otras especies. Los sujetos arrancaron cuando Allison se puso a gritar. Agrega que se asustó mucho, pues pensó que el arma era de verdad, pues era metálica, además que no se iba a arriesgar para saber si era de verdad o no. Expone que sustrajeron alrededor de \$3.000 en billetes y \$7.000 en monedas y otras especies.

g) Declaración de Leonardo Águila Ampuero, quien señala que estaba en las escaleras de la multicancha de la población Camilo Henríquez junto a otros sujetos, entre ellos, el Quemado, portando armas de fuego, momentos en que llegó Carabineros.

h) Fotografías del sitio del suceso.

i) Acta de reconocimiento fotográfico de los testigos Allison Olivares Lobos y Mariela Silva Bastidas quienes reconocen al imputado Macías Macías.

j) Evidencia material consistente en un arma de fuego, acompañada en la audiencia del preparación de juicio oral.

k) Declaración de José Luis Macías Macías, quien ante el Ministerio Público y en la presencia de su abogado defensor señala que el día 22 de diciembre alrededor de las 09:30 horas entró junto a otros sujetos al negocio ALY, ubicado en Villa Los Presidentes. Señala que con un revólver de fuego apuntó a una mujer y dijo que le entregaran el dinero, al principio leseando, pero se asustaron tanto que uno de sus acompañantes entró a la caja y sacó unos desodorantes y otras especies, saliendo arrancando por los gritos de las mujeres. Agrega que la pistola andaba trayendo una bala, pero es de mentira.

En este sentido los antecedentes descritos, en especial declaraciones de las víctimas, en cuanto señalan haber sido intimidadas con un arma, que en todo momento pensaron que era verdadera, hacen pensar que la sustracción se produjo especialmente por dicha circunstancia, que existió por parte del acusado actos que condujeron a que las víctimas se haya visto forzadas a la manifestación o entrega de las especies que fueron sustraídas. En efecto, según se desprende de los dichos de las víctimas, la relación concreta entre éstas y el imputado al momento de comisión del hecho, actuar del acusado en cuanto portaba un arma de fuego con apariencia de real con la cual amenaza permanentemente a las mujeres, el hecho de encontrarse en estado de ebriedad, estima este tribunal que existió una amenaza seria y grave, que hacía verosímil la existencia de un mal. Al respecto el solo hecho de no ser verdadera el arma ni apta para disparar no excluye la existencia de intimidación, cuestión que es reafirmada por la doctrina y jurisprudencia “se requiere además que el mal con que se amenaza sea verosímil, aunque no verdadero: el mal amenazado debe parecer posible de realizarse a ojos del ofendido (posibilidad relativa), conforme a un juicio ex ante de un tercero puesto en la concreta situación fáctica de que se trate”. Luego puede afirmarse que la intimidación si se amenaza con un arma de fuego que a ojos de la víctima es indistinguible de una verdadera” (Lecciones de derecho Penal Chileno, Parte especial, Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus, pag. 346 y 347).

La prueba antes señalada, consistente en declaraciones de testigos de los hechos, víctimas, funcionarios de Carabineros, diligencias de reconocimiento del imputado, fotografías del sitio del suceso e informes periciales, resultan suficientes y altamente creíbles, por la claridad de lo expuesto y la descripción efectuada de cómo habrían ocurrido los hechos materia de la investigación fiscal y sujeta al conocimiento de este Tribunal. En igual sentido se encuentra la declaración del acusado prestada ante la Fiscalía, con asistencia de su abogado defensor, quien previo conocimiento del derecho a guardar silencio reconoce su participación en el ilícito.

Conforme lo anterior y siendo suficientes los antecedentes de investigación y concordantes con la acusación y la aceptación de los hechos y ante-

cedentes de la investigación efectuada en la audiencia de procedimiento abreviado por el acusado, en cuanto se permite establecer con certeza y dar por acreditado la efectividad que un sujeto luego de intimidar a dos mujeres con un arma de fogueo, sustrojo sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro distintas especies y dinero.

QUINTO: Que los hechos así descritos son constitutivos del delito de robo con intimidación, en grado de consumado, contemplado en el artículo 432 del Código Penal en relación al artículo 436 del mismo cuerpo legal, y la participación que le corresponde al encausado, es en calidad de autor del artículo 15 N° 1 del mismo cuerpo de leyes.

SEXTO: Que defensa solicitó se tenga el hecho descrito en la acusación como un delito de hurto, señalando que no existió la intimidación requerida para encontrarnos en el tipo legal señalado en la acusación. A su juicio ella no se produjo, pues como se desprende del informe pericial balístico el arma que se utilizó en la comisión del delito es de fogueo, no apta como arma de fuego, por lo que no existió puesta en peligro de la seguridad personal, bien jurídico que protege este ilícito. Asimismo, de la propia declaración del acusado se desprende que en un primer momento estaba "leseando", y que sólo luego que las mujeres se asustaron actuó. Además, la declaración de los testigos deponen en el sentido que eran personas jóvenes, estaban en estado de ebriedad, una de ellas señala que en un primer momento pensó que era una broma y que incluso dialogó con ellos insistiendo que dejaran tranquila a la mujer que estaba embarazada. Conforme lo anterior, solicita se absuelva a su representado, pues no se da el tipo penal por el que se acusó, o se sancione como hurto atendido la inexistencia de intimidación.

Asimismo, solicitó se aplique la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, atendido que desde el inicio de la investigación el acusado prestó declaración reconociendo participación en los hechos y dando cuenta cómo se produjeron los hechos con todo detalle, liberando de la carga de la prueba a la fiscalía. Además se otorgue la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, atendida la irreprochable conducta anterior, y se estime como muy calificada pues como se desprende de los informes sociales es un joven de escasos recursos económicos, sociales y familiares, lo que implica un

mayor esfuerzo en el sentido que un joven no tenga antecedentes anteriores.

Solicita el rechazo de la agravante del artículo 456 N° 3 del Código Penal, pues no hubo más de dos malhechores en la comisión del delito. Señala que respecto de los menores de 16 años, la ley penal los exonera de toda responsabilidad, son inimputables, sujetos no idóneos para la comisión de delito, no pudiendo ser utilizados para configurar la agravante. Respecto del otro sujeto, mayor de 16 y menor de 18, según consta en la carpeta judicial, está sujeto a una suspensión condicional del procedimiento, donde no se ha determinado el grado de responsabilidad en los hechos imputados, más cuando aparece de la investigación fiscal que no hubo participación directa de éste en los hechos y, por el contrario, se quedó fuera del local comercial no ingresando a éste.

Por lo anterior y siendo menor de edad, y beneficiándole 2 atenuantes, sin perjudicarle agravante, solicita se dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 68 inciso 3 y se sancione con penas de prisión. Termina solicitando beneficios de la Ley 18.216, atendido que los informes sociales acompañados a la carpeta fiscal y judicial, se desprende que la conducta del acusado ha evolucionado positivamente y se exima del pago de las costas de la causa.

SÉPTIMO: Que por su parte la Fiscalía, sostiene que de las propias declaraciones de las víctimas, se desprende que efectivamente la intimidación existió, pues pese a que efectivamente el arma era ineficaz para el disparo, las víctimas percibieron que el arma era de verdad, que le provocó miedo y susto y que en definitiva la consumación del delito da cuenta del robo.

Señala que perjudica al acusado la agravación del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, pues para su configuración sólo se exige la presencia de dos o más sujetos en la comisión del delito y no en la sentencia. Agravante objetiva y de carácter numérico, independiente de si los copartícipes son o no sujetos de responsabilidad penal.

Estima que no concurre la atenuante del art. 11 N° 9 del mismo cuerpo de leyes, pues si bien el acusado reconoció su participación en los hechos materia de la acusación, dicha declaración no resultó oportuna, se realizó una vez avanzada la in-

investigación y tampoco resultó sustancial para la investigación.

OCTAVO: Que no se dará lugar a la absolución de su representado, atendido lo informado en los párrafos anteriores que se dan por reproducidos.

NOVENO: Que respecto de la solicitud de aplicación del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, y por la naturaleza que reviste toda agravación de responsabilidad penal, obliga a una irrestricta aplicación de los criterios interpretativos al momento de analizar la concurrencia de sus presupuestos.

La mencionada agravante para su procedencia requiere la concurrencia objetiva de más de un hechor, pluralidad de ejecutores en el hecho materia de la acusación que asegure el delito y debilite los defensas. En la especie, sólo se ha establecido la participación y responsabilidad penal de un sujeto en los hechos materia de la acusación, el reproche penal es dirigido contra Macías Macías, y sólo respecto de él, este Tribunal ha logrado la convicción de participación, de esta forma carece esta sentenciadora y no ha acreditado, por no ser materia de este juicio, que en el ilícito hayan intervenido otros sujetos. El hecho que se desprenda de la investigación y de la aceptación del acusado, que habrían participado otros sujetos al momento de materializar el ilícito, no significa que resulte acreditado, más allá de toda duda razonable, que en el hecho ilícito haya actuado el acusado con otro "malhechor", por lo que no dándose los supuestos de la mencionada norma, no agrava la responsabilidad del acusado dicha circunstancia.

DÉCIMO: Que beneficia al acusado la atenuante de irreprochable conducta anterior, toda vez que de los antecedentes agregados a la carpeta fiscal, no resulta acreditado que el acusado al momento de ocurrencia del ilícito materia de investigación, haya sido condenado anteriormente por crimen, simple delito o falta por sentencia ejecutoriada.

Estima este Tribunal que no se dan los requisitos para estimar la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, pues si bien el acusado ha prestado declaración ante la fiscalía, reconociendo participación en los hechos, dicha colaboración no resulta sustancial, segundo requisito para la procedencia de la circunstancia modificatoria en cuestión. Al efecto, la declaración no resultó oportuna y efecti-

va, pues aún sin ella, podríamos sostener con la misma convicción la ocurrencia del ilícito y la participación del imputado en éstos. Como se ve, la colaboración del acusado no aportó elementos variados, convincentes y abundantes a la determinación fáctica de la investigación fiscal y del tribunal.

Sin perjuicio de ello, la renuncia a su derecho a no autoincriminación, evidencian subjetivamente una intención de colaboración con la investigación, por lo que se tendrá presente al graduar la pena.

UNDÉCIMO: Que entonces favoreciendo al acusado, una atenuante sin perjudicarle agravante alguna, y la minoría de edad del acusado, conforme al artículo 72 del Código Penal, procederá a rebajar en un grado la pena y aplicar en su mínimo.

DUODÉCIMO: Que respecto de los beneficios de la Ley 18.216 se estará a la parte resolutive de esta sentencia.

Y teniendo presente lo dispuesto por los artículos N° 1, 5, 11n° 6, 15 Nro. 1, 18, 29, 50, 68, 69, 72, 432 y 436 del Código Penal; 45, 47, 343, 344, 351, 406, 412, 413 y 415 del Código Procesal Penal; Ley 18.216 se declara:

- I.- Que se condena a **JOSÉ LUIS MACÍAS MACÍAS**, ya individualizado, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante todo el tiempo de la condena, en su calidad de autor del delito de robo con intimidación, en grado de consumado, cometido el día 22 de diciembre de 2003, en la comuna de Castro.
- II.- Que cumpliéndose los requisitos legales se beneficia al sentenciado con la libertad vigilada, debiendo permanecer durante el tiempo de la condena bajo la vigilancia y orientación permanente de un delegado de Gendarmería de Chile y cumplir los demás requisitos legales.

En el evento que al sentenciado le fuera revocado el beneficio antes señalado, deberá cumplir la pena en forma efectiva, sirviéndole de abono los días que permaneció privado de libertad por motivo de esta causa esto, es el 22 de diciembre de 2003 y desde el 10 de agosto del 2004 y hasta el 12 de octubre del mismo año.

III.- Que no se condena en costas al sentenciado por haber aceptado el procedimiento abreviado y renunciado a su derecho a un juicio oral y público.

IV.- Que se dejan sin efecto las medidas cautelares decretadas en esta causa.

Póngase en conocimiento del Juzgado de Menores para los fines que estime pertinentes.

Hágase devolución de los antecedentes de investigación acompañados por la Fiscalía.

Se deja constancia que todos los intervinientes se tienen por notificados del presente fallo durante la audiencia de lectura del texto íntegro de la sentencia, hayan o no asistido a ella.

Dese copia a los intervinientes, y cúmplase en su oportunidad con lo establecido en el artículo 467 y 468 del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y archívese si no se apelare.

RUC 0300207672-0, RIT 5-2003

Dictada por Doña Verónica Herrera Ocares, Juez Titular.

- **Declara que jurar hechos falsos a sabiendas ante un Notario, configura el delito de perjurio ante la autoridad.**

Tribunal: Tribunal de Garantía de Castro.

Resumen:

En juicio simplificado la Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de perjurio del artículo 210 del Código Penal. El Tribunal estimó acreditado el delito en atención a que el acusado declaró ante un Notario Público que había extraviado su licencia de conducir, en circunstancias que ésta se encontraba retenida por una condena por el delito de manejo en estado de ebriedad. Finalmente, desestimó aplicar el artículo 398 del Código Procesal Penal, en atención a que el elemento de reconocer su responsabilidad fue considerado previamente para no aplicar la pena asignada al delito, no siendo posible una segunda aplicación, además de contar el acusado con una causa anterior por el delito de manejo en estado de ebriedad, y ser el delito de perjurio un delito de gravosidad social.

Texto completo:

Castro, a diecisiete de febrero de dos mil cinco, a las 10:16 horas.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

- 1.- Que conforme a la aceptación de responsabilidad del imputado, realizada en esta audiencia, de acuerdo al artículo 395 del Código Procesal Penal, y los antecedentes de investigación, acompañados oportunamente, este Tribunal ha llegado a la convicción más allá de toda duda razonable que el día 16 de noviembre de 2004, declaró bajo juramento ante el Notario Público don Arcadio Pérez Bórquez, haber extraviado su licencia de conducir clase B, otorgada por la Ilustre Municipalidad de Castro, y que ésta no se encuentra retenida, como que no cuenta con causas pendientes en ningún Juzgado del País, para ser duplicado ante el Departamento del Tránsito de esta Municipalidad, a fin de obtener un duplicado de la licencia, la cual no se encontraba extraviada, sino que suspendida por un período de 8 meses, según Sentencia de este Tribunal, por el delito de manejo en estado de ebriedad.
- 2.- Que los hechos antes descritos configuran el delito de Perjurio, de acuerdo al artículo 210 del Código Penal, y la participación del imputado en éste, es en calidad de autor del mismo, al haber ejecutado el hecho en forma directa.
- 3.- Que, teniendo presente que el Ministerio Público no ha acreditado la existencia de antecedentes calificados para imponer la pena de prisión, este Tribunal dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 395, esto es sólo pena de multa.
- 4.- Que para graduar la pena de multa, este Tribunal tendrá presente lo señalado en el artículo 70 del Código Penal, esto es el caudal o facultad económica del culpable, por lo que no habiendo acreditado la defensa antecedentes que den cuenta que no tiene facultades para pagar la multa, se entiende que las tiene en especial atendidas las actividades laborales que desarrolla.
- 5.- Que distinto de lo expuesto por la Defensa, este delito tiene gravosidad Social, debido a que precisamente la declaración jurada fue con el objeto de obtener un duplicado de una Licencia de Conducir, que se encontraba retenida por este Tribunal, lo que tuvo por objeto a juicio de este Tribunal, de burlar la Sentencia ya dictada, ejecutoriada y en total conocimiento por parte del Imputado.
- 6.- Que asimismo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 398, no dará aplicación a la Suspensión de la Pena, toda vez que el solo hecho de asumir responsabilidad en esta Audiencia, facilita o faculta a este Tribunal para no dar aplicación a la pena asignada al delito, y no puede ser utili-

zado nuevamente como un antecedente favorable para la Suspensión de la Pena, cuando el imputado tiene otra causa anterior, ante este mismo Tribunal por el delito de Manejo en Estado de Ebriedad, y cual fue precisamente el objeto para obtener la Licencia de Conducir, suspendida por este Tribunal.

Y VISTO además lo dispuesto en los artículos 1, 15 N° 1, 18, 21, 25, 31, 49, 50 y 399 del Código Penal y artículos 388, 389, y 395 del Código Procesal Penal, SE RESUELVE:

- I.- Que se **ACOGE** el requerimiento Fiscal y, en consecuencia, se **CONDENA** a **HUGO EDUARDO MUÑOZ LUARTE**, ya individualizado, en calidad de **AUTOR** del delito de PERJURIO del artículo 210 del Código Penal, a una pena de **6 UTM**.
- II.- Que, si el sentenciado no tuviere bienes para el pago de la multa, sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión, regulándose un día por cada quinto de Unidad Tributaria Mensual, sin que en su totalidad pueda exceder de seis meses, abonándosele dos días que permaneció privado de libertad.
- III.- Que no se condena en costas al imputado, al haber admitido responsabilidad en los hechos materia del requerimiento.

IV.- Que se decomisa el duplicado de la Licencia de Conducir obtenida el 18 de diciembre del 2004. La fiscalía hace entrega de la Licencia.

V.- Que se le facilita al pago de la multa en 3 cuotas, la primera a contar de la primera semana de marzo.

Se dejan sin efecto las Medidas Cautelares aplicadas al imputado.

Regístrese, anótese y cúmplase en su oportunidad, según lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

R.U.C. N.º: 0400439347-9.

R.I.T. N.º: 1322-2004.

Dictada por doña VERÓNICA HERRERA OCARES, Juez del Juzgado de Garantía de Castro.

TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

- **Declara que la atenuante de reparar con celo el mal causado exige una firme búsqueda de reparación que demuestre la convicción íntima de disminuir el daño provocado.**

Tribunal: Tribunal de Juicio Oral de Valdivia.

Resumen:

El Ministerio Público acusó al imputado como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación. La Defensa solicitó se recalificara su participación a la de cómplice, así como el reconocimiento de la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal, por haber verificado un depósito judicial por la suma de \$ 30.000. El Tribunal desechó las alegaciones de la Defensa. Al efecto declaró que de las probanzas allegadas al juicio se desprendía que la acción desplegada por el imputado se encuadraba dentro del artículo 15 N° 1 del Código Penal, toda vez que tuvo una participación inmediata y directa en el hecho punible. Respecto de la atenuante alegada, el voto de mayoría señaló que la ley exige un ánimo o intención dirigida a que con celo se repare el mal causado, que demuestre un compromiso, una convicción íntima de parte del agresor de buscar como resultado la reparación del mal provocado. Y si bien este celo debe ser considerado desde el punto de vista del imputado, también debe ser contextualizado en relación a la conducta desplegada por éste y el daño que causó. En el juicio en cuestión, el depósito se realizó cuatro días antes de la audiencia del juicio oral, seis meses después de ocurridos los hechos, y si bien la Defensa rescató el esfuerzo económico desplegado por la familia del imputado, no es menos cierto que el solo depósito judicial de una suma de dinero no permite estructurar o configurar automáticamente esta atenuante.

El voto de minoría declaró que dada las condiciones socioeconómicas del imputado, junto a la circunstancia de haber estado privado de libertad durante la tramitación de la causa, además del daño efectivo causado y que las especies fueron recuperadas, procedía acoger la atenuante invocada.

Texto completo:

Valdivia, veintiséis de febrero de dos mil cinco.

VISTOS, OÍDOS LOS INTERVIENTES Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha veintiuno de febrero de dos mil cinco, ante esta Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, constituida por la señora Juez Titular Presidente doña **PAULA RODRÍGUEZ FONDÓN** e integrada por el Juez Titular don **CARLOS ENRIQUE CARRILLO GONZÁLEZ** y la Juez Titular doña **CECILIA MARGARITA SAMUR CORNEJO**, en cuya presencia ininterrumpida se llevó a efecto la audiencia del juicio oral relativa a los autos rol interno N° 70-2004, R.U.C. N° 0400294004-9, seguido en contra de **JOHN ALEJANDRO MONTOYA URQUEJO**, chile-

no, 20 años de edad, soltero, sin oficio, cédula nacional de identidad N° 15.800.120-9, domiciliado en Beneficencia N° 621 de Valdivia, y actualmente recluido en el Centro de Detención Preventiva de esta ciudad.

Fue parte acusadora el Ministerio Público, representado por la Fiscal Adjunto de Valdivia doña Tatiana Esquivel López, domiciliada en Avenida Francia N° 2690 de esta ciudad, con forma de notificación ya registrada en el Tribunal.

La defensa del acusado John Alejandro Montoya Urquejo estuvo a cargo del Defensor Penal Público don Alejandro Medina Vásquez, domiciliado en calle Pérez Rosales N° 619, oficina 301 de Valdivia, con forma de notificación ya registrada en el Tribunal.

SEGUNDO: Que, el Ministerio Público presentó acusación, según se lee del auto de apertura del juicio oral, en contra de don **JOHN ALEJANDRO MONTOYA URQUEJO**, por estimarlo autor conforme a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, en el delito de Robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, descrito y sancionado en el artículo 440 N° 1 en relación con el artículo 432 del Código Penal, en grado de frustrado, que debe sancionarse como consumado por expresa disposición del artículo 450 del mismo cuerpo legal.

Funda su acusación la Fiscalía en los siguientes hechos: que el día 14 de agosto de 2004, alrededor de las 16:00 y 17:00 horas, en compañía de un menor de 15 años, Daniel Vásquez Nahuelan, ingresó al domicilio ubicado en calle Pérez Rosales N° 1.176 de Valdivia, correspondiente a la casa habitación de don Víctor Kramm Cárcamo y su familia, aprovechando que el inmueble se encontraba momentáneamente sin moradores. El ingreso se verificó por una ventana corredera de aluminio ubicada en la parte lateral del inmueble, cuyo marco presentaba muescas de fuerza y el vidrio fracturado. Una vez en el interior los sujetos registraron las dependencias y fueron sorprendidos y detenidos por personal de Policía de Investigaciones de esta ciudad, que concurrió al lugar alertados por vecinos, en momentos que intentaban salir del inmueble. Al momento de la detención el menor de edad portaba una mochila de color azul, marca "Sport Pack" que en el interior contenía las siguientes especies de propiedad de la víctima: una cámara filmadora, marca "Cannon", una calculadora científica, marca "Hewlett Packard" modelo 48-G con el nombre de la víctima, inscrito en la parte trasera, un Modem, marca "Encare", un teléfono celular, marca "Ericsson" color azul y gris, un cargador de celular, marca "Nokia", un transformador de corriente, un cargador de celular, marca "Ericsson". Además el menor de edad, que portaba un arma de fuego, pistola 9 milímetros, marca "Sig-Sahuer", encañonó a la policía, enfrentándolos, sin que se produjeran disparos, en el mismo momento lanzó la mochila e intentaron huir, pero fueron reducidos por la policía.

Solicita la Fiscal, que en virtud a los hechos expuestos, se condene al acusado a la pena de **CINCO AÑOS Y UN DÍA de presidio mayor en su grado mínimo**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos

políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.

En el alegato de apertura y clausura el Ministerio Público sostuvo su acusación argumentando que fueron probados todos los elementos fácticos y jurídicos del tipo penal por los cuales se acusó al imputado y el grado de ejecución del ilícito.

TERCERO: Que, en el alegato de apertura la defensa del acusado **John Alejandro Montoya Urquejo**, señaló que los hechos son diferentes de los que señala el Ministerio Público, por el relato de la acusación su defendido no tiene una actuación protagónica, es el menor de edad quien realiza las acciones de sustraer especies y portarlas en una mochila. Él no siguió a dicho menor. Su representado tuvo una participación simultánea, pero no bajo los términos del artículo 15 N° 1 del Código Penal. El acusado Montoya Urquejo es cómplice, hecho que se desprende incluso del auto de Apertura, pues él no sustrajo especies, no portaba especies, no portaba armas, no fue partícipe y no tuvo la intención o participación atribuida por la Fiscalía. Es más, como antes se dijo era el menor quien las portaba.

En su alegato de cierre manifestó que la prueba rendida por el Ministerio Público es, a lo menos, insuficiente y contradictoria, por cuanto no se acreditó la forma de ingreso al lugar destinado a la habitación con escalamiento y por vía no destinada al afecto. No hay testigos que vieron el lugar por donde ingresó el acusado, la testigo presencial no vio la fractura de la ventana y estaba a pocos metros del inmueble afectado; la misma deponente admite que la reja del antejardín estaba abierta, pero que no obstante no haber nadie se presume que el ingreso fue por la ventana porque estaba con una hoja desmontada; no por la puerta porque el testigo y víctima señor Víctor Kramm Cárcamo dijo haberla dejado cerrada y él comete un error al decir que dejó cerrada no sólo la puerta sino la reja también. Agrega el señor Defensor que ha habido duda de las características y fractura de la ventana, porque el personal policial que declaró en el Juicio Oral no es el que revisó el sitio del suceso, correspondiéndoles a éstos sólo la detención de los imputados, no pudiendo aclarar la situación de la ventana, en especial, porque las fotografías exhibidas en la Audiencia no son claras. Es más, se pregunta ¿por qué no puede haberse caído sola la ventana? y reitera que

la fotografía no es suficientemente clara, ya que, ni siquiera hubo una fijación de las fracturas mencionadas. Es por ello que estima que la prueba no fue completa en el respectivo sitio del suceso, puesto que no hubo una comparación de las supuestas muescas con el destornillador encontrado.

Por otra parte el reconocimiento que los testigos hacen del acusado es simplemente, porque no tienen otra posibilidad. No hay nadie más en la Audiencia y los policías tenían registros visuales anteriores, por lo que los considera insuficientes para darlos por establecidos.

Respecto de la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal, su representado ha acompañado una boleta de depósito judicial a favor de la víctima, concretando de esta forma una atenuante de responsabilidad penal.

CUARTO: Que, en presencia de su defensor el acusado **JOHN ALEJANDRO MONTOYA URQUEJO** quien fue debida y legalmente informado de los hechos constitutivos de la acusación del Ministerio Público, y de que da cuenta el auto de apertura, y advertido de sus derechos, y de lo dispuesto en el artículo 326 del Código Procesal Penal, manifestó su voluntad de guardar silencio, situación que mantuvo durante toda la audiencia con la sola excepción de la oportunidad dispuesta por el artículo 338 del Código Procesal Penal donde limita sus dichos a señalar "que le pide al Tribunal que se le dé una oportunidad más, porque él es joven".

QUINTO: Que, los intervinientes alcanzaron las convenciones probatorias, en la audiencia de preparación de Juicio Oral de conformidad a lo dispuesto en el artículo 275 del Código Procesal Penal, consistentes en:

1).- Que, el acusado John Alejandro Montoya Urquejo, registra las siguientes anotaciones en su Extracto de Filiación y Antecedentes:

a).- Causa rol 1140-2003 del Primer Juzgado del Crimen de Valdivia, condenado con fecha 14 de mayo de 2004, a la pena de 820 días de presidio menor en su grado medio, como coautor del delito de Robo por Sorpresa de especies, pena que fue otorgada con el beneficio de reclusión nocturna, sentencia ejecutoriada.

b).- Causa RIT 769-2004, RUC 0400263975-6 del Juzgado de Garantía de Valdivia, condenado con fecha 23 de julio de 2004, como autor del delito

de Usurpación de nombre a la pena de 2,5 UTM, sentencia ejecutoriada, pena cumplida.

2).- Que, los hechos de la presente acusación ocurrieron entre las 16:00 y 17:00 horas del día 14 de agosto de 2004.

SEXTO: Que, el objeto del presente juicio oral estriba en determinar en primer lugar la existencia del ilícito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, en grado de frustrado, descrito y sancionado en el artículo 432 y 440 N° 1, ambos del Código Punitivo; en relación al artículo 7 del mismo cuerpo legal; y, en segundo término, si en aquel le ha correspondido al acusado participación en calidad de autor. Ambos hechos fueron objeto de la prueba rendida en esta audiencia.

SÉPTIMO: Que, son elementos del tipo penal que deben ser probados para que exista propiamente tal el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación: **1.- Apropiación**, esto es, la sustracción de la esfera de resguardo de una persona con el ánimo de comportarse de hecho como propietario de ella. **2.- Cosa mueble:** definida por nuestro ordenamiento jurídico como aquellas que pueden transportarse de un lugar a otro, mediante el uso de una fuerza externa. **3.- Cosa ajena:** es decir, aquellas respecto de las cuales una persona distinta del hechor, detenta legítimamente la propiedad o la posesión. **4.- Sin la voluntad de su dueño:** expresión que significa actuar no sólo sin el consentimiento, sino también contra la voluntad del propietario o poseedor de la cosa. **5.- Ánimo de lucro:** el cual se puede colegir del hecho de la sustracción, que le podría reportar un incremento patrimonial, bastando que se tenga en vista al ejecutar la acción, sin que se requiera de un enriquecimiento real. **6.- Fuerza en las cosas:** en su forma de escalamiento, representado en el caso del presente juicio, por el ingreso por vía no destinada al efecto, superando la defensa real y efectiva que impedía a cualquier extraño el libre acceso a las cosas.

OCTAVO: Que el Ministerio Público rindió prueba **testimonial, evidencia material y fotográfica**.

Al respecto, para acreditar la existencia del hecho punible, declaró en la audiencia don **VÍCTOR ANTONIO KRAMM CÁRCAMO**, quien señaló que entre el 10 y 15 de agosto del año 2004, convivía

con su polola e hijo en el domicilio ubicado en Pérez Rosales 1.176 de esta ciudad, lugar que mantenía en calidad de arrendatario. Aclaró que el día de los hechos, cerca de 16:00 horas fue al Hospital por la enfermedad de su hijo y que luego concurrieron a un Supermercado, y a eso de las 17:15 horas aproximadamente, recibieron una llamada de su padre advirtiéndole sobre la situación ocurrida en su hogar y que inmediatamente se regresaron al inmueble en taxi, no demorando más de 10 minutos.

Explicó el testigo, que la propiedad cuenta con cuatro departamentos y que el suyo tenía una sola puerta de acceso y dos ventanas hacia el exterior y una pequeña, que aquél quedó totalmente cerrado, sin moradores y con las ventanas cerradas y trabadas con un palo como medida externa de seguridad que fuera indicada previamente por el dueño de la propiedad. Agrega que al llegar a su domicilio vio la ventana del dormitorio matrimonial que estaba rota y las especies que habían sido sustraídas eran: una filmadora Canon, un cargador y un celular marca Ericsson, un modem de Internet y un transformador, un cargador Nokia y una calculadora científica, las que reconoció como suyas, por ser aquellas especies de uso habitual o regalos de parientes. Preciso que el Modem, cargador y celular Ericsson estaban en el living comedor y las otras especies sobre una repisa en el dormitorio; todas las especies las vio fuera de su casa, en el piso y separadas, lugar donde fue informado por personal de Investigaciones que gracias a un llamado anónimo se supo de la presencia de los imputados quienes lograron ser detenidos cuando se aprestaban a salir de la propiedad con las especies sustraídas, las cuales fueron recuperadas.

Refiere que antes de salir al Hospital, se percató de la presencia de tres muchachos jóvenes ubicados a unos 20 metros, que miraban insistentemente hacia su casa, es más, su polola tuvo que regresar a la casa porque había olvidado un babero de la guagua, y ella los observó mucho mejor, claramente a estos individuos, desde la calle Pérez Rosales con Baquedano. Añade que la policía les mostró unas fotografías y reconocieron sólo a dos de ellos.

Con su declaración se le exhibe por Fiscalía parcialmente fotografías correspondientes a las del N° 1, del set respectivo que da cuenta del inmueble, en donde existen 4 departamentos, e indica el suyo,

la puerta la mantiene con una “manilla ciega”, sólo abre con llave, hay dos ventanales y una más pequeña, una de ella en la parte lateral se encuentra quebrada, con un golpe al centro de ella; la N° 3, grafica el living-comedor en completo desorden y el celular sustraído se encontraba arriba del televisor; la N° 4, demuestra el mismo sector anterior; la N° 5, corresponde al dormitorio, desde donde sustrajeron el video grabador, calculadora, el cargador Nokia, y el armario todo desordenado, y la N° 6, en donde aparece la ventana lateral del dormitorio rota y la cortina sobre la cuna de su hijito.

Con su testimonio se tiene por acreditado la preexistencia de las especies sustraídas, y además su apropiación por parte de terceros. Que el ánimo de lucro de las mismas por parte de los sujetos activos, se desprende del tipo de cosas que fueron sustraídas, lo que permite concluir que la intención de ellos fue tratar de sacar una ventaja patrimonial.

En concordancia con el testimonio anterior, declaró don **NELSON MANUEL FLORES DÍAZ**, Detective de la Brigada Investigadora de Robos de Valdivia, de la Policía de Investigaciones de Chile quien expresa que se encuentra declarando toda vez que el día 14 de agosto de 2004, a las 16:40 horas, fueron alertados de un robo al que concurrió junto al detective Martínez, al domicilio de Pérez Rosales N° 1.176, había dos personas al interior del inmueble, y la ventana del lado izquierdo desmontada y fracturada, uno de los sujetos salió por la puerta principal y lo redujo, en unos momentos más salió otro sujeto, menor de edad, que lo apuntó con arma de fuego, él hizo lo mismo, logrando que el menor la tirara. Consigna que al sujeto que detuvo cuando salía desde el interior del domicilio afectado, le encontró un atornillador negro con manchas amarillas. En relación al sitio del suceso relata que se trata de un lugar cerrado, inmueble tipo cabaña, existen varias de éstas, de color blanco, una ventana corrediza de aluminio estaba fracturada y se observaba bastante desorden en el interior del inmueble. Señala que la víctima se llama Víctor Kramm Cárcamo.

Con su declaración el Ministerio Público le exhibe del set fotográfico, 11 placas las que son explicadas cada una de ellas por el deponente, la primera ilustra al Tribunal sobre el sitio del suceso, un inmueble que se ubica en el centro de la ciudad, en calle Pérez Rosales 1.176, detuvieron a los indi-

viduos cuando salían del inmueble. Reconoce en la audiencia presente a la persona que detuvo ese día de nombre John Montoya Urquejo; la segunda fotografía ilustra la ventana fracturada, con muescas compatibles con el elemento encontrado en la vestimenta del acusado; se usó palanca en el marco de aluminio, hubo forzamiento por la parte inferior, está la muesca, la fractura, pues fue desmontada la ventana de aluminio que se quebró; las fotos N°s 3, 4, 5 y 6 dan cuenta del dormitorio de los afectados y el evidente desorden en él, la placa N° 7, muestra la cocina del inmueble y el arma de fuego con la que fueron intimidados, las N°s 8, 9 y 10 corresponden al arma y la N° 11 ilustra una mochila que portaba el menor de edad cuando fue reducido, detenido afuera del domicilio afectado conteniendo un Módem, una calculadora científica con el nombre del afectado, quien reconoció las especies, un cargador marca Nokia, un celular marca "Ericsson" etc. Finalmente dice que la víctima manifestó que cuando salió de su casa había dos personas rondando su domicilio, pero no les prestó atención por estar abocado a otra diligencia.

Contraexaminado por la defensa expone que las fotografías fueron sacadas el mismo día de los hechos, las muescas aparecen en la foto N° 2 dice que las ve bien, (cabe señalar que al acompañar Fiscalía las fotografías se logra apreciar por el Tribunal en la foto número dos, la fuerza ejercida sobre el marco de la ventana, se observan las muescas), consigna que no sabe por qué no se detallaron las muescas, no vio entrar a nadie entrar por la ventana, cree que fueron vistos por la denunciante, que los sujetos salieron por la puerta de acceso principal, estaba también abierta la puerta de la reja. Ignora las huellas de la ventana. Responde que respecto a los detenidos, mantiene fotos en sus registros, él no se las exhibió al afectado, ignora quién lo hizo, tampoco sabe quién hizo la fractura de la ventana. Las especies las portaba en la mochila el menor de edad, el acusado no portaba nada, ni tampoco pistola, salvo el atornillador. Se le exhibe por Fiscalía la evidencia material consistente en un atornillador de paleta que portaba Montoya Urquejo, la reconoce porque fue él quien lo allanó y encontró la especie en su poder.

En el mismo sentido y con los mismos fines se recibió el testimonio de don **FELIPE ANDRÉS MARTÍNEZ TOLEDO**, quien dice que el día 14 de

agosto de 2004, siendo las 16:45 horas, cumplía labores de guardia, cuando una persona llamó al fono de emergencia 134, indicando que el domicilio ubicado en Vicente Pérez Rosales N° 1.176, dos sujetos ingresaban por la ventana, demoraron en llegar con su colega Flores Díaz unos ocho minutos, el portón de entrada estaba abierto, la ventana que da hacia la calle Vicente Pérez Rosales tenía su hoja desprendida, su marco estaba en el lado interior de la pieza de la casa. Los sujetos estaban dentro de la casa, y, precisamente salían dos personas por la puerta principal, el primero trató de darse a la fuga, se trataba del acusado Montoya Urquejo, lo redujo el detective Flores, a quien se le encontró un atornillador de paleta plana, en un bolsillo interior de la parka que vestía; el segundo sujeto menor de edad, sale de atrás, lanza la mochila y extrajo un arma de fuego, Flores Díaz realizó un tiro de advertencia y este sujeto tiró el arma al interior de la casa, a él le correspondió la detención del menor de nombre Daniel Vásquez Nahuelanca, a las 17:00 horas, entre ambas detenciones no pasaron más de 10 segundos, ésta se produjo en el patio, en el antejardín del inmueble. Reconoce plenamente al acusado John Alejandro Montoya Urquejo, como presente en la audiencia, por cuanto actuó a rostro descubierto.

En la mochila se encontró la cámara filmadora, dos cargadores, un Módem, una calculadora científica con el nombre del denunciante Víctor Kramm Cárcamo, quien las reconoció de su propiedad, especies que fueron remitidas a Fiscalía con la debida cadena de custodia. Relata que el sitio del suceso se trata de una propiedad de dos pisos de material y madera, color gris, con reja metálica de 1,60 metros, que se divide en cabañas, la afectada por el robo fue aquella que da hacia la calle Pérez Rosales, se aplicó fuerza sobre la ventana, estaba forzada, caída hacia la cama del dormitorio y roto el vidrio compatible con la fuerza empleada tipo palanca, con atornillador.

Contraexaminado por la defensa expresa que la fractura de la ventana es del costado lateral que da hacia calle Pérez Rosales, que se verificó el desmonte de ella, lo sabe por su experiencia como policía investigador de robos, se usó herramienta para hacer palanca, quedaron los rastros, pero indica que no inspeccionó el sitio del suceso, lo hizo su colega Flores, refiere que él no ve huellas porque no está capacitado, y, hay personal especializado

para ello, que las fotos fueron tomadas por el asistente policial don Héctor Gutiérrez. Dice que la puerta del sitio del suceso estaba cerrada, por lo visto y por falta de huellas, entraron por la ventana, pero la reja metálica cuando ellos llegaron estaba abierta, no sabe si alguien vio cómo entraron los sujetos, fue el personal de guardia quien dijo que la denunciante los había visto entrar por la ventana.

Se recibió en estrados la declaración de la testigo presencial **doña LORETO TATIANA PANTOJA CARRILLO**, manifestando que un día sábado del mes de agosto de 2004, no recuerda fecha exacta, eran las 17:00 a 17:30 horas de la tarde, y cuidaba una casa de un familiar, cuando de una ventana vio a dos sujetos de espaldas, en la vereda, uno saltó el portón de 1,50 de altura de la calle Pérez Rosales al llegar a calle Baquedano, sospechó inmediatamente, llamándole la atención que saltaran el cerco, si la puerta principal estaba abierta.

Junto a su declaración Fiscalía procede a proyectar y exhibir la fotografía N° 1 del set que acompañó como “otros medios de prueba”, y que corresponde al sitio del suceso, señalando que se aprecia la casa afectada, la visibilidad de ella era buena, la distancia era de 10 a 15 metros.

Contraexaminada por la defensa refiere que el día estaba precioso, había sol, eran las 17:00 a 17:30 horas, que como indicó las personas las vio de espaldas, no apreció su rostro; estos sujetos ingresaron por la ventana, lo dedujo porque la miraban bastante y después vio el vidrio quebrado, no cree que hayan ingresado por la puerta. A la pregunta que le formula de defensa ¿pudieron haber entrado por otro lugar que no sea por la ventana?, responde sí, por la puerta.

Con estos atestados se acreditan los requisitos de la apropiación de cosa mueble ajena con ánimo de lucro y el escalamiento consistente en el ingreso por vía no destinada al efecto, esto es, por la ventana lateral del inmueble correspondiente al dormitorio matrimonial, es decir, en un lugar destinado a la habitación, y que al momento de ocurridos los hechos en el domicilio no se encontraba ninguno de sus moradores.

NOVENO: Que las declaraciones de los **testigos** antes referidos y presentados por la Fiscalía provienen de personas que presenciaron los hechos a que se refieren, que impresionaron a los sentenciadores como capaces de percibirlos por sus senti-

dos directa e inmediatamente, apareciendo como veraces y creíbles, además sus testimonios concuerdan entre sí, en plena concordancia con la **prueba material -un atornillador de paleta-, colores negro y amarillo, y los otros medios introducidos por Fiscalía al juicio** -consistentes en **14 fotografías**- por medio de las cuales este Tribunal pudo apreciar las condiciones del lugar donde ocurrieron los hechos materia de la acusación, los espacios, determinar alturas y distancias, fijando el desarrollo de los mismos, contextualizando las declaraciones de los testigos, según exhibición y proyección de las fotografías, las que las explicaron y validaron con sus testimonios, como elemento de prueba. Así, de ellas es posible colegir sin lugar a dudas que el sitio donde se encontraban las cosas sustraídas, es un lugar destinado a la habitación, ubicada en el sector céntrico de la ciudad de Valdivia.

DÉCIMO: Que, en cuanto a la **participación punible** del acusado **JOHN ALEJANDRO MONTOYA URQUEJO**, se encuentra acreditada con las probanzas referidas en el motivo que antecede, en especial con las **declaraciones de los policías aprehensores de la Policía de Investigaciones de Valdivia, Brigada de Robos, don Felipe Andrés Martínez Toledo y don Nelson Manuel Flores Díaz**, los que reconocieron en la audiencia al acusado como el sujeto que detuvieron el día 14 de agosto de 2004, en horas de la tarde saliendo del inmueble ubicado en calle Pérez Rosales N° 1.176 de esta ciudad, que se encontraba sin moradores, testimonios que resultan concordantes y en armonía con los dichos del testigo don **Víctor Antonio Kramm Cárcamo y de doña Loreto Tatiana Pantoja Carrillo**, estos elementos de juicio permiten al Tribunal adquirir la convicción de que al acusado Montoya Urquejo le cupo en el delito en estudio, una participación punible inmediata y directa, esto es, en calidad de autor de conformidad al numeral 1 del artículo 15 del Código Penal.

UNDÉCIMO: Que, en consecuencia, con los antecedentes referidos precedentemente, probanzas valoradas libremente, según lo permite el artículo 297 del Código Procesal Penal, que no contradicen las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, se dan por acreditados, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos:

a) Que, el acusado **JOHN ALEJANDRO MONTTOYA URQUEJO**, el día 14 de agosto de 2004 alrededor de las 16:00 y 17:00 horas, en compañía de un menor inimputable, ingresó al domicilio ubicado en calle Pérez Rosales N° 1.176 de Valdivia, de propiedad de don Víctor Kramm Cárcamo y su familia aprovechando que el inmueble se encontraba momentáneamente sin moradores, con el objeto de sustraer diversas especies.

b) Que, para ello forzaron una ventana de corredera del dormitorio ubicada en la parte lateral del inmueble, cuyo marco se encontraba desmontado hacia el interior del inmueble y el vidrio fracturado sobre la cuna del hijo de la víctima, lo que resulta compatible con la evidencia encontrada en poder del acusado y acompañada a la audiencia -un destornillador de paleta- marca "Stanley", colores negro y amarillo.

c) Que, una vez en el interior los sujetos registraron las dependencias y fueron sorprendidos y detenidos por Personal de Investigaciones de esta ciudad, que concurrieron al lugar alertados por una llamada anónima al teléfono de emergencia de la Policía de Investigaciones, en los momentos que intentaban salir del inmueble, específicamente a uno o dos metros de la puerta principal.

d) Que, el menor de edad llevaba una mochila de color azul, marca "Sport Pack", que en su interior contenía diversas especies también de su propiedad de la víctima, esto es, una cámara filmadora, marca "Cannon", una calculadora científica marca "Hewlett Packard", modelo 48-G con el nombre del ofendido inscrito en su parte trasera, un Módem, marca "Encare", un teléfono celular marca "Ericsson", color azul y gris, un cargador de celular, marca "Nokia", un transformador de corriente, un cargador de celular, marca "Ericsson".

e) Que, además el menor inimputable portaba un arma de fuego, con la que intentó amedrentar a los policías, lanzando dicha arma al interior del inmueble, al ser requerido por los funcionarios de Investigaciones;

f) Que, en ese mismo momento el menor lanzó la mochila en el antejardín y ambos intentaron huir, pero fueron reducidos primero el acusado Montoya Urquejo quien mantenía en el interior de un bolsillo de su chaqueta el atornillador ya referido, y posteriormente el menor de edad sin lograr consumir totalmente los hechos.

DUODÉCIMO: Que, los hechos acreditados en la audiencia, tipifican el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, previsto en el artículo 432 y sancionado en el artículo 440 N° 1, ambos del Código Penal, en la modalidad de escalamiento, en perjuicio de don Víctor Alejandro Kramm Cárcamo, en grado frustrado, según lo prescribe el artículo 7° del Código Punitivo, hecho ocurrido el 14 de agosto de 2004, en la ciudad de Valdivia, entre las 16:00 y 17:00 horas, el que será sancionado como consumado por expresa disposición del artículo 450 del mismo cuerpo legal, pues se han acreditado todos y cada uno de los elementos fácticos y jurídicos de este tipo penal, como quedara asentado anteriormente, ya que el agente previo escalamiento ingresó al inmueble por una ventana, esto es, por vía no destinada al efecto, y en su interior sustrajo las especies de propiedad del ofendido Kramm Cárcamo, siendo sorprendido por la policía cuando se retiraba del bien raíz con las especies, designio criminal que no alcanzó a consumir por causa independientes de la voluntad del acusado, como fue la oportuna llegada de aquéllos.

En doctrina el Profesor Etcheberry, refiriéndose al artículo 440 N° 1 del Código Penal, refiere que quedan comprendidos los lugares que al momento del robo sirven de morada a una persona o grupo de personas, sea que ellas se encuentren en ese instante viviendo allí (lugar habitado), o se encuentren accidental o temporalmente ausentes (lugar destinado a la habitación).

DÉCIMOTERCERO: Que, la argumentación de la defensa, en cuanto estima que la conducta del imputado no es de autor, sino de cómplice, será rechazada por este Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, por cuanto de los antecedentes recogidos en la audiencia se desprende claramente que la actuación del acusado tuvo por objeto obtener la apropiación de las cosas ajenas, existiendo un trabajo en conjunto e igualitario con el menor inimputable, considerando que sus detenciones fueron coetáneas cuando ambos salían del inmueble por la puerta principal. Además cabe consignar que la complicidad es una figura residual que se caracteriza por la cooperación en la ejecución del hecho, sin tener participación inmediata y directa en su concreción, modalidades de participación que fueron debidamente acreditadas en el juicio respecto de Montoya Urquejo.

Y en cuanto a la petición de dictarse sentencia absolutoria a favor del acusado que la defensa deslizara en su alegato de cierre, será desestimada desde que se acreditaron los elementos de la figura penal; en la especie el delito se perpetró, encontrándose completa la acción, solo faltó el aprovechamiento del mismo, por la oportuna llegada de los policías al sitio del suceso, lo que nos lleva necesariamente a concluir la tipicidad de la conducta del imputado en los términos del artículo 7° del Código Penal.

DÉCIMO CUARTO: Que, las alegaciones de la defensa en orden a descalificar la prueba rendida por fiscalía por adolecer de contradicciones y ser insuficientes, serán desechadas, pues tales contradicciones resultan intrascendentes, marginales, sin que afecten el núcleo central de las declaraciones para la determinación de los hechos principales y su valoración jurídica; dichos testimonios resultan lógicos, veraces, creíbles y coherentes entre sí, y apegados a las máximas de las experiencias, refrendados por las fotografías exhibidas en el juicio, resultan sustentables los dichos de los testigos que depusieron en la audiencia, son creíbles en lo esencial, están acordes, con el mérito de la prueba analizada en los motivos que preceden en este fallo, y las conclusiones allí señaladas, el Tribunal se ha formado plena convicción, más allá de toda duda razonable, en orden a tener por configurado el delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, como ya se dijo, el acusado forzó una ventana de aluminio corrediza del dormitorio principal, por la que finalmente ingresó a la casa habitación que en esos momentos se encontraba sin moradores; es decir, ingresó por medio de escalamiento, mediante fractura por vía no destinada al efecto, en busca y selección de especies; dentro de una mochila que portaba el menor inimputable, mientras que el acusado llevaba entre sus vestimentas un atornillador con el cual se ejerció la fuerza sobre el ventanal lateral del inmueble, desarrollando una clara conducta que refleja el ánimo de apropiación de cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, pues no era su casa, tampoco se trata de especies de su propiedad, ni su conducta fue autorizada por el dueño de tales bienes muebles.

DÉCIMO QUINTO: Que, la defensa del acusado Montoya Urquejo, pidió se acogiera en favor de su representado la circunstancia atenuante de

responsabilidad penal del artículo 11 N° 7 del Código Penal, en su primera hipótesis, de procurar con celo reparar el mal causado, la que señala se encuentra justificada por haber verificado un depósito judicial en la cuenta corriente del Tribunal por la suma de \$ 30.000.

Que, tal circunstancia atenuante alegada no será acogida por el Tribunal, puesto que la ley exige -no los sentenciadores- un ánimo o intención dirigida a que con celo se repare el mal causado. Es decir el acusado debe buscar con firmeza aquel celo, que exista un compromiso, una convicción íntima de parte del agresor, que ella tendrá como resultado la reparación del mal causado, para que su pena sea atenuada. En parecer, en convicción de la mayoría de estos sentenciadores la atenuante que nos ocupa no concurre a favor del acusado, toda vez que, si bien debe ser considerada desde el punto de vista del imputado, no es menos cierto que ella debe ser contextualizada en relación a la conducta desplegada por éste, y al daño realmente causado, sólo así puede evaluarse el celo con que se actúa, y la seriedad de su intención, ello no ha ocurrido en este caso, por cuanto el depósito se realizó tan sólo cuatro días antes de la audiencia del juicio oral, el día 18 de febrero de 2005, y sucede que los hechos ocurrieron el 14 de agosto de 2004, las exigencias legales no fueron acreditadas por la defensa, limitándose rescatar el esfuerzo económico desplegado por la familia del imputado; cabe consignar que el solo depósito judicial de una suma de dinero no permite estructurar o configurar automáticamente esta atenuante, desde que como se indicara deben cumplirse las exigencias legales de su concurrencia.

DÉCIMO SEXTO: Que, el hecho incriminado es constitutivo del delito de robo con fuerza en las cosas de especies corporales muebles, mediante escalamiento, ingresando por vía no destinada al efecto, que se castiga con la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, al acusado John Alejandro Montoya Urquejo no le afecta ninguna circunstancia agravante, ni le beneficia circunstancia atenuante alguna, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67, inciso primero del Código Penal, el Tribunal puede recorrer toda su extensión al imponerla, esto es, desde 5 años y 1 día hasta 10 años de presidio mayor en su grado mínimo.

Y vistos además lo dispuesto en los artículos 1, 7, 14 N° 1; 15 N° 1; 18, 21, 24, 25, 28, 50, 52, 67, 432, 440 N° 1, 450 del Código Penal; 47, 295, 296, 297, 325, 329, 340, 341, 342, 348, 468 del Código Procesal Penal; **SE DECLARA:**

- I.- Que se condena al acusado **JOHN ALEJANDRO MONTOYA URQUEJO**, cédula nacional de identidad N° 15.800.120-9, ya individualizado, a sufrir la pena de **CINCO AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO**, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas del procedimiento, en su calidad de autor del delito de **robo en lugar destinado a la habitación**, en grado de frustrado, en perjuicio de Víctor Antonio Kramm Cárcamo, cometido el 14 de agosto de 2004, entre las 16:00 y 17:00 horas, en la ciudad de Valdivia.
- II.- Que, atendida la extensión de la pena corporal impuesta, no se le concederá al acusado Montoya Urquejo, ninguno de los beneficios establecidos en la ley 18.216, debiendo en consecuencia cumplir íntegramente con la pena privativa de libertad, la que será contada desde el veintiséis de septiembre de dos mil cuatro, fecha desde la que ha permanecido sujeto a prisión preventiva, sirviéndole de abono los dos días, 14 y 15 de agosto de 2004, que el imputado estuvo privado de libertad, según se señala en el Auto de Apertura.

III.- Devuélvase al Ministerio Público la documentación acompañada durante la audiencia, bajo recibo.

Gírese cheque por la suma de \$30.000 (treinta mil pesos) a nombre de John Alejandro Montoya Urquejo.

Ejecutoriada la presente sentencia, dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Se previene que el Juez señor Carrillo González estuvo por acoger la atenuante alegada por la defensa del acusado, esto es, procurar reparar celosamente el mal causado que establece el número 7 del artículo 11 del Código Penal. La minorante señalada se acredita, en su parecer, con el depósito en la cuenta corriente de la suma de \$ 30.000.- a favor de la víctima, ya que constituyen un esfuerzo económico que debe ser ponderado de acuerdo a las especiales condiciones socioeconómicas del acusado, así como de la privación de libertad a que ha sido sometido durante la tramitación de la causa. Esa suma constituye no sólo un esfuerzo económico por parte del acusado, sino que además debe sopesarse con el daño efectivo causado y en que las especies aparecen debidamente recuperadas.

La causal en comento no exige una reparación efectiva ni total, siendo además indispensable ponderar la condición de estar privado de libertad durante la tramitación del proceso, lo que configura, en su decir, la causal alegada por la defensa.

Regístrese y ejecutoriada que sea la presente sentencia, comuníquese al Juzgado de Garantía de Valdivia para los efectos de su cumplimiento. Hecho, archívese.

Redactada y leída por la Juez Titular doña Cecilia Margarita Samur Cornejo; y, el voto de prevención redactado por su autor.

R.U.C. 0400294004-9

R.I.T. 70-2004

PRONUNCIADA POR LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE VALDIVIA, PRESIDIDA POR LA JUEZ TITULAR DOÑA PAULA RODRÍGUEZ FONDÓN E INTEGRADA POR DON CARLOS ENRIQUE CARRILLO GONZÁLEZ Y DOÑA CECILIA MARGARITA SAMUR CORNEJO, JUECES TITULARES.

- **En voto dividido rechaza calificar el homicidio, porque no estimó probada la concurrencia de los elementos que configuran las calificantes 1ª, 4ª y 5ª del artículo 391 del Código Penal.**

Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena.

Resumen:

La Fiscalía y el querellante presentaron acusación contra el imputado como autor del delito de homicidio calificado por la concurrencia de las calificantes 1ª, 4ª y 5ª. La Defensa reconoció tanto los hechos como la participación, pero sostuvo que no concurrían las calificantes alegadas, en tanto sí lo hacían las atenuantes del artículo 11 N° 5 y 9 del Código Penal. El Tribunal, en voto dividido, estimó acreditada la ocurrencia del delito, así como la participación del acusado, pero no la configuración de las calificantes invocadas. La alevosía, por cuanto no se probó que la víctima haya estado desprevenida y confiada, como tampoco que el autor haya buscado especialmente esta indefensión para actuar. Tampoco se probó que obrara sobre seguro, por cuanto la acción se cometió en un lugar y circunstancias habituales para la víctima y el hechor. El aumento deliberado e inhumano del dolor, porque las lesiones distintas de la mortal fueron producidas por el ímpetu emocional en que se cometió el delito. La premeditación conocida, porque se acreditó que la relación que mantenían era violenta, lo que descartaba la existencia de un ánimo homicida frío y persistente. En cuanto a las atenuantes alegadas por la Defensa, las desechó en atención a que la única prueba que sustentaría el arrebato estaba en la declaración del acusado, la que no resultó consistente frente a los demás testimonios prestados en el juicio, y porque la colaboración prestada no facilitó el esclarecimiento de los hechos, por cuanto sin ella tanto la ocurrencia como la participación ya se encontraban determinadas.

El voto de minoría estuvo por calificar el homicidio en virtud de la 1ª calificante, por cuanto a su juicio el acusado obró sobre seguro aprovechando que la víctima yacía en la cama común en estado de ebriedad. De no haber estado así, y dada su contextura física, se hubiera podido defender.

Texto completo:

La Serena, diecisiete de marzo de dos mil cinco.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que los días once y doce de marzo del año en curso, ante esta Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, constituida por el Juez Presidente Jorge Fernández Stevenson y las juezas Caroline Turner González y Luz Adriana Celedón Bulnes, quien subrogó legalmente, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de los autos rol N° 6-2005, seguidos contra imputado David Alfonso Llimy Rojas, RUT N° 3.818.060-6, chileno, nacido en Coquimbo el día 22 de abril de 1937, jubilado, domiciliado en calle O'Higgins N° 2, Parte Alta, Coquimbo, actualmente en prisión preventiva en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de La Serena.

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, representado por el fiscal adjunto de Coquimbo Sergio Vásquez Díaz, con domicilio en calle Melgarejo 847 de esa ciudad.

La parte querellante y demandante civil, don Rodolfo Andrés Varela Varela, estuvo representada por el abogado Efraín Villalobos Aranda, domiciliado en calle Darío Salas N° 754 Coquimbo.

La defensa del encausado estuvo a cargo del defensor penal licitado Claudio García Huerta, domiciliado en calle Portales N° 311, quinto piso, Coquimbo.

SEGUNDO: Que los hechos que han sido objeto de la acusación del Ministerio Público, habrían ocurrido el día 11 de junio del año 2004, en horas de la madrugada, en el dormitorio principal del inmueble ubicado en calle O'Higgins N° 2, Parte Alta, Coquimbo cuando, mientras se encontraban en la cama, el imputado atacó con un cuchillo de coci-

na a doña María Varela Meneses, asestándole trece cortes en el cuerpo, uno de los cuales, a la altura del cuello, seccionó totalmente la arteria carótida común y el tercio medio de la tráquea, llegando hasta la línea media del esófago, que le causó la muerte. En oportunidades anteriores al hecho, el imputado le manifestó reiteradamente sus celos y aprovechó en esta ocasión que la víctima llegó tarde a su domicilio, que se encontraba indefensa mientras dormía bajo los efectos del alcohol, para atacarla cruelmente en diversas partes del cuerpo hasta quitarle la vida. Luego se autointirrió heridas para ocultar y atenuar el hecho.

A juicio del Ministerio Público, estos hechos configuran el delito de homicidio calificado previsto y sancionado en el artículo 391 N° 1, circunstancias primera, cuarta y quinta, del Código Penal, en el que al acusado cupo responsabilidad de autor y favorece únicamente al acusado la circunstancia atenuante de responsabilidad penal de irreprochable conducta anterior contenida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal.

La parte querellante se adhirió a la acusación, en los mismos términos de la fiscalía.

TERCERO: La defensa del acusado, en su alegato de apertura, señaló que su defendido desde un inicio ha colaborado con la investigación, no ha negado los hechos, reconoció el arma, lo que hizo innecesario que se le periciara. Sin embargo, a su juicio, en la especie no concurre ninguna de las tres calificantes del homicidio esgrimidas por la Fiscalía, arguyendo además que su representado obró por elementos emotivos que le causaron una ira enorme. Solicitó que se calificara los hechos como homicidio simple y se reconozcan las atenuantes que lo favorecen.

CUARTO: Que para acreditar los hechos materia de la acusación la Fiscalía rindió prueba consistente en los dichos de la testigo Ana María Varela Meneses, quien relató que vive en O'Higgins N° 02 de Coquimbo y que el día 10 de junio de 2004, en horas de la tarde, concurrió a casa de Zoila Acuña, que queda cerca de allí, lugar al que también llegó, alrededor de las 23 horas, su hermana María Eugenia y las tres conversaron acerca de los niños y la casa. Su hermana sólo tomó un vasito de vino con bebida y una taza de café. Luego, llegó hasta la casa de Zoila, David Llimy, quien luego de un rato

se retiró, aduciendo tener frío, por lo que quería acostarse y su hermana le dijo que iría en cinco minutos, retirándose sola hacia su domicilio, alrededor de la 1 u 1:30 de la madrugada del día 11 de junio. Que ella se retiró más tarde a su casa y no pasó a la de su hermana, separada de las piezas que ella ocupa sólo por un patio, por cuanto el acusado cerraba las puertas con llave. Que ese día la hija de su hermana, su pareja y sus dos hijos, que vivían en la casa de María Eugenia Varela, se encontraban allí, pero se habían acostado temprano. Expresó, además, que David Llimy perseguía a su hermana, a quien ella tuvo que ir a buscar a veces al trabajo. Muchas veces los sintió discutir, su hermana le pedía que se fuera de la casa, pero el imputado no lo hacía. La madrugada del viernes anterior al de ocurrencia de los hechos, a las 3:30 de la madrugada, la llamó su cuñada, indicándole que María Eugenia estaba en su casa, concurrió hasta ese lugar y ella le dijo "no te preocupes, ya todo va a estar normal".

Zoila Acuña Velásquez declaró en el mismo sentido, ratificando que Ana María Varela concurrió a su domicilio la tarde del 10 de junio de 2004 donde tomaron vino mezclado con Coca Cola. Cerca de las 22:00 horas recibió un llamado de María Eugenia Varela, le contó que estaban compartiendo y volvió a llamar una hora más tarde diciéndole que iba a bajar. Como quedaba muy poco vino le sirvió un vasito y luego un café. Veinte minutos o media hora más tarde llegó hasta su casa el imputado David Llimy, preguntando por María Eugenia. Estuvo sentado alrededor de 15 ó 20 minutos y se retiró, manifestando tener frío. Más tarde, alrededor de la 1:40 ó 2:00 de la madrugada, María Eugenia Varela también se retiró sola a su domicilio, ubicado como un piso más arriba del de la deponente, quien indicó que para llegar a su casa debía subir y luego atravesar una puerta, trayecto en que existe un espacio angosto donde hay un barranco.

María Teresa Barraza Varela declaró que vivía en el mismo sitio que su tía María Eugenia Varela desde su nacimiento y que la pieza que ella ocupa se separa alrededor de 10 pasos de la que ocupaba su tía. El día de los hechos su tía se acercó a su dormitorio y preguntó por su madre, entonces ella le indicó que se había ido donde una amiga. Más tarde, alrededor de las 2:00 de la madrugada, su guagua empezó a llorar cada una hora y cuando se

durmíó escuchó a su tía gritar “suéltame, déjame” y se sintió que algo apagaba sus gritos, como si le taparan la boca, lo que pudo oír, porque con la quietud de la noche se escucha todo, el cielo de su dormitorio es bien alto y se encuentra forrado únicamente con plumavit, pero su marido no la dejó ir a ver. Que David Llimy no dejaba salir a su tía, “le cobraba muchos celos” y de ella escuchó expresiones como “mira me dejaste un moretón, ¿cómo voy a ir a trabajar?”. Ellos “se tomaban sus tragos” y desde que el acusado llegó a vivir con su tía “no era una botella sino tres y no de un litro”, que él compraba.

El carabinero Rodolfo Valenzuela Rioseco relató que se encontraba patrullando, el día 11 de junio de 2004 alrededor de las 7:45 de la mañana, y recibió un comunicado, indicándole que debía trasladarse a calle O’Higgins N° 2 de Coquimbo a un procedimiento por homicidio. Se constituyó en el lugar y le llamó la atención que no hubiera nadie allí, por lo que ingresó al patio. Adentro había tres construcciones en las que golpeó y sólo después que gritó salió una señora desde el interior de un portón que da a una de ellas, quien se extrañó cuando le expresó que se había dado cuenta de un homicidio en el lugar. La mujer ingresó a su domicilio, se escucharon gritos, luego lo hizo él comprobando que en un dormitorio había un hombre y una mujer acostados, la mujer estaba degollada y el hombre dormía a su lado, por lo que solicitó la ambulancia. Luego aisló el lugar e ingresó personal paramédico, quien destapó al hombre, encontrando un cuchillo en el medio de la cama. Se dio cuenta al Fiscal y se constituyó la Brigada de Homicidios en el lugar.

La testigo Judith Varela Varela declaró en la audiencia que María Eugenia Varela Meneses era su madre, con quien vivía. Que el 11 de junio de 2004, en la madrugada, se encontraba despierta porque su hijo estaba enfermo y escuchó dos portazos. Como su madre y David Llimy, su conviviente, siempre discutían porque él era muy celoso, pensó que ella lo había dejado afuera del dormitorio. Expresa que cuando ella volvió de Viña del Mar, donde vivió por un tiempo, su madre estaba conviviendo con el acusado y se dio cuenta que ella bebía. En algunas ocasiones compraban pisco y normalmente vino, y la tarde del día en que la mataron revisó su cartera, donde encontró una boleta fechada el 10 de junio, que daba cuenta de la compra de

pisco y una bebida. Señala que en una oportunidad su madre le contó que el acusado le apretó la mano, la tiró al suelo y le tapó la boca con un paño, para que no gritara, ella vio la mano de su madre enrojecida y le dijo que lo dejara. A él le expresó que si algo así volvía a ocurrir, ella misma lo denunciaría pero él negó los hechos. Que el día 11 de junio se levantó a las 7:00 horas, su marido se fue a trabajar y ella se quedó arreglando a su hijo para ir al colegio y alrededor de las 7:50 horas llegó carabineros, señalándole que los habían llamado desde su casa, a lo que ella respondió que era imposible, pero decidió verificar si su madre había llamado. Golpeó la puerta del dormitorio que su madre compartía con el acusado y como nadie abrió sacó una llave, que permanecía fuera de la puerta colgada. Se acercó a oscuras, su madre estaba totalmente tapada, vio que el acusado tenía un corte en el cuello, prendió la luz y vio a su madre y la sangre. Carabineros la sacó del lugar y no supo que su madre estaba muerta. Al exhibírsele la fotografía 4 del peritaje fotográfico, aprecia los dos vasos que se ven en el velador y señala que no reparó en ellos cuando entró al dormitorio, pero cuando retornó en la tarde no estaban allí, como tampoco la botella de Pisco, por la que preguntó a Investigaciones, quienes le dijeron que encontraron un vaso, pero no la botella.

Javier Alfaro Menares, oficial de la Policía de Investigaciones de Chile, declaró que el 11 de junio de 2004, mientras se desempeñaba en la Brigada de Homicidios, le tocó constituirse, alrededor de las 9:00 de la mañana, en el domicilio de calle O’Higgins N° 2 de Coquimbo, donde en un dormitorio, sobre la cama, se encontraba el cadáver de una mujer al que practicaron el reconocimiento externo y la inspección de rigor, constatando que vestía un chaleco, calzón y pantys, vestimentas que presentaban bastantes desgarraduras, compatibles con un cuchillo que se encontraba a su costado. Al continuar con el reconocimiento externo, constataron que presentaba diversas heridas cortantes en la cara anterior del cuello y un gran número de heridas cortantes en la región occipital, una herida corto-penetrante en la espalda, cara superior, y también heridas en las falanges de los dedos de las manos. Se fijaron las heridas que presentaba el cuerpo y los rastros hemáticos, que se encontraron en un pantalón de hombre y en una carpeta de visillo, que estaba sobre un mueble con un espejo, las que fueron recogidas y enviadas al laboratorio.

El perito fotógrafo de la Policía de Investigaciones de Chile, Víctor Pulgar Vargas, expresó en la audiencia que le correspondió concurrir al sitio del suceso, a requerimiento de la Brigada de Homicidios, fijando el lugar y las lesiones que presentaba el cuerpo de la víctima, obteniendo 28 fotografías que componen el informe 181 que reconoce y es incorporado a juicio.

El perito dibujante y planimetrista de la Policía de Investigaciones de Chile, Rodrigo Elgueta Urrutia, relató que el día de los hechos se constituyó en calle O'Higgins N° 2 de Coquimbo a las 9:15 horas, a efectuar la pericia que se le encomendó correspondiente al homicidio de María Varela Meneses. En el lugar efectuó dos croquis en planta, uno de los cuales corresponde a un plano general del inmueble, en tanto el segundo grafica en detalle el dormitorio donde se encontró el cadáver, los que incorporó en su informe pericial que reconoce y es incorporado a juicio.

El oficial de la Policía de Investigaciones José Astudillo Quinteros relató en la audiencia que le correspondió tomar declaración a Gladys Rivera, quien le señaló que estuvo casada 47 años con David Llimy y la relación terminó cuatro años antes a la fecha de los hechos materia de este juicio, cuando él conoció a una mujer veinte años menor. Le dijo también, que el 11 de junio de 2004, a las cuatro o cinco de la madrugada, recibió un llamado del acusado quien le señaló que había matado con un cuchillo, por celos, a María Eugenia Varela por lo que se asustó y colgó, recibiendo dos llamados más que no contestó por temor.

Declaró también Luis Rojas Rojas, primo del acusado, relatando que éste, el día 11 de junio de 2004 a las 4:30 de la madrugada, lo llamó muy exaltado y jadeando a su teléfono xxx, para comunicarle que había cometido un crimen, que había sido agredido, se había defendido y dado muerte a María Eugenia. Seguidamente el deponente llamó a la policía para relatarles esto, ya que tiene identificador de llamados y les entregó el número que quedó grabado, expresándoles que no le cabía duda que se había cometido un crimen y que había una persona agonizando. A las 7:00 horas de la mañana volvió a insistir, el policía le dijo que la empresa telefónica no le había entregado información. A las 7:50 se volvió a contactar con la policía y le dijeron que aún no tenían información, porque el teléfono

era privado. Que él se desesperó, llamó a un hijo del acusado, quien le señaló el teléfono de su hermano, quien le dio el domicilio de la víctima en calle O'Higgins, por lo que llamó, por cuarta oportunidad a carabineros y se los entregó. Luego, se trasladó a las afueras del domicilio y vio cuando sacaron a su primo y retiraron al cadáver.

Se incorporó en la audiencia como prueba mediante su lectura fotocopia del registro de llamados telefónicos efectuados desde el fono xxx, a nombre de Judith Andrea Varela Varela, en el que efectivamente consta que desde allí se efectuó un llamado al teléfono que el testigo Luis Rojas indicó, esto es el xxx, a las 4:21 horas de la madrugada del 11 de junio de 2004 y dos llamados a un teléfono celular de la empresa Startel, el mismo día, a las 3:29 y 3:30 de la madrugada, respectivamente.

La perito médico legal Katia Cabrera Briceño declaró al tenor de sendos informes que practicó, relativos a las lesiones que presentaba David Llimy el 11 de junio de 2004 a las 15:20 horas, y a la autopsia que el mismo día, a las 16:00 horas, efectuó al cadáver de María Eugenia Varela Meneses, los que reconoció y fueron incorporados a juicio, al igual que 8 fotografías de las lesiones que presentaba David Llimy y 21 imágenes y un diagrama de las lesiones del cadáver de María Eugenia Varela Meneses, adjuntas a las respectivas pericias. Expresó la profesional que David Llimy le relató que en la madrugada de ese día despertó con un cuchillo en el cuello, en el lado izquierdo, que comenzó a forcejear con la víctima, le quitó el cuchillo y ella tomó un vaso para defenderse y él con el cuchillo le cercenó el cuello en dos oportunidades. Que ella empezó a gritar llamando a su hija, pero él le puso un almohadón en la cara para ahogar los gritos. Luego él se levantó y al ver su ropa manchada con sangre decidió llamar a su señora y luego acostó, relatando que despertó en el Hospital de Coquimbo. Expone la profesional que al examen físico entró caminando sin dificultad, orientado en tiempo, espacio y persona y colaboró al examen. Presentaba una contractura muscular con dolor en el hombro derecho, lechos y márgenes ungueales manchados con sangre seca, punturas en los pliegues de ambos codos, en el lado derecho del cuello presentaba 10 heridas cortantes superficiales oblicuas la mayor de 12 y la menor de 10 centímetros, en el lado izquierdo del cuello encontró dos heridas cor-

tantes suturadas que hacían una forma de Y invertida y sus bordes estaban rojizos y edematosos. Rodeando las heridas del lado izquierdo del cuello, observó 8 heridas cortantes superficiales que partían de ellas y llegaban hasta el lado derecho del cuello. En la zona mamaria izquierda presentaba una erosión rojiza de 0,7 por 1,5 centímetros. Concluyó que el examinado presentaba lesiones cortantes en la región lateral derecha del cuello, superficiales, aplicadas por un elemento cortante, clínicamente leves que sanarán en 4 a 7 días, salvo complicaciones, con igual tiempo de incapacidad. Las lesiones del lado izquierdo, con forma de Y invertida, son del tipo auto inferidas, lo que determinó porque según la literatura que analizó del autor Vargas Alvarado indican vacilación, esto es que el arma duele y por eso es retirada provocando esta forma, además por el lugar en que se encontraban, el cuello -el tercer lugar de frecuencia de ubicación de este tipo de lesiones, después de las muñecas y el abdomen-, además de su número y el hecho que la mayoría eran superficiales, lo que no estaría presente de haber sido ocasionadas por terceros y además habrían dejado cola hacia arriba o hacia abajo, según la dirección del arma, constatando que ninguna herida presentaba esta última característica. Expresó que estas lesiones eran de mediana gravedad, que sanarán entre 15 a 18 días salvo complicaciones, con igual tiempo de incapacidad, y todas son recientes, de horas. Señaló que estas lesiones fueron causadas con un arma cortante con filo compatible con un cuchillo, que ella en general no indica el arma, pero estima difícil que se produjeran con una tijera y que se hayan causado en un forcejeo, en que normalmente las lesiones se ubican en la cara, en las manos o antebrazos, y de haberse producido este forcejeo, serían más profundas lesionando vasos sanguíneos y tendría que haber colas, porque el arma actúa por deslizamiento. En relación a la autopsia que practicó al cadáver de la víctima, señaló que presentaba 13 heridas cortantes y una de ellas, una herida corto-penetrante cervical izquierda complicada oblicua de diez centímetros, que identificó como la número 5 fue la que le causó la muerte, lo que habría ocurrido aun con socorros médicos oportunos y eficaces, lesión que es de tipo homicida reciente y vital, por cuanto en su trayecto de izquierda a derecha de arriba hacia abajo y de adelante hacia atrás con un recorrido intracorporal de cinco centímetros lesionó piel, celular subcutáneo, parcialmen-

te el músculo esternocleidomastoideo, seccionó la carótida común y la tráquea y parcialmente el esófago en una zona que tiene acentuada infiltración sanguínea. Relató que sólo dos heridas cortantes son anteriores a la que le provocó la muerte en minutos, lo que determinó por su mayor infiltración sanguínea y ambas eran leves, al igual que las otras 10 heridas cortantes que constató y que fueron posteriores a la mortal, lo que determinó por su escasa infiltración sanguínea, la que al estar presente indica que también se produjeron cuando la víctima estaba viva.

Francesca Jimeno Ruff, químico farmacéutico legal, reconoció sus pericias sobre informes de alcoholemia del acusado y de María Varela, las que fueron incorporadas, relatando que el primero no presentaba alcohol en su sangre, en tanto el cadáver de la segunda presentó 1,92 gramos por mil de alcohol en la sangre, muestras que le fueron remitidas por la legista Katia Cabrera, profesional que declaró a este respecto en estrados que las tomó durante la práctica de las pericias de lesiones y tanatológica, aclarando que el alcohol se degrada con el paso de las horas por lo que no se puede descartar que el acusado lo haya ingerido, tomando en cuenta que su pericia la realizó alrededor de 12 horas después del fallecimiento de la víctima, efecto que no se produce cuando una persona fallece manteniéndose, en este último caso, inalterado el gramaje de alcohol presente en la sangre al momento de la muerte.

Se incorporó además mediante su lectura el certificado de defunción de María Eugenia Soledad Varela Meneses, que consigna que su deceso se produjo el 11 de junio de 2004 a las 7:50 horas y como causa de muerte herida corto-penetrante cervical izquierda complicada.

QUINTO: Que las pruebas antes analizadas acreditan que el día 11 de junio del año 2004, en horas de la madrugada, en uno de los dormitorios del inmueble ubicado en calle O'Higgins N° 2, Parte Alta, Coquimbo, mientras se encontraban en la cama, el imputado atacó con un cuchillo de cocina a doña María Varela Meneses, asestándole trece cortes en el cuerpo, uno de los cuales, inferido a la altura del cuello, le causó la muerte, hecho que configura el delito consumado de homicidio simple previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, en el que al acusado cupo responsabilidad de autor.

Que de la forma antedicha, este tribunal disiente de la calificación otorgada por los acusadores a los hechos, en orden a que se trataría de un homicidio calificado, por cuanto no se configura ninguna de las calificantes previstas en el artículo 391 del Código Penal, por ellos esgrimidas.

En efecto, no se configura la alevosía, ya que no se probó que el acusado haya obrado a traición, esto es, que la víctima se encontrara desprevenida, confiada y que esta situación haya sido especialmente procurada mediante el actuar del acusado, quien incluso la habría obligado a beber, como tampoco que el hechor aprovechara esta circunstancia, especialmente, para darle muerte. Tampoco se probó, por este capítulo, que el acusado obrara sobre seguro, procurándose o aprovechando las circunstancias materiales en que fue cometido el hecho, sino que más bien aparece que se encontraban en un lugar y circunstancias habituales para ellos —en su dormitorio, en la casa que compartían, bebiendo—, contexto en el cual se desencadenó la agresión. El tribunal ignora el estado etílico del propio acusado al perpetrar los hechos, siendo perfectamente posible que bebieran juntos, como muchas veces lo hicieron, según relató la hija de la víctima Judith Varela, advirtiéndose en la fotografía 4 tomada en el sitio del suceso por Víctor Pulgar en el velador dos vasos que perfectamente pudieron contener la bebida y el pisco, cuya boleta encontró la testigo antedicha en la cartera de su madre. No debe olvidarse, que como lo relataran Judith Varela y María Barraza, las paredes del inmueble, ocupado por otras personas, permitían oír lo que ocurría en otras dependencias e incluso, la primera de las nombradas ingresó al dormitorio usando una llave colgada fuera de él, lo que corrobora la ausencia de la calificante esgrimida.

Tampoco se acreditó que el acusado aumentara deliberada e inhumanamente el dolor de la ofendida, constituyendo de esta forma la calificante de ensañamiento, que la Fiscalía arguye, sino más bien aparece que las lesiones de carácter leve que se siguieron a la lesión homicida que, atendida su magnitud, causó la muerte de la víctima en un muy breve tiempo, sólo fueron producto del ímpetu emocional con que se cometió el ilícito, debiendo tenerse presente que las dos lesiones que precedieron a la mortal también fueron leves, situadas en la zona mentoniana y cervical izquierda respectivamente,

misma área donde se ubicaba la lesión que provocó la muerte y aparecen como intentos fallidos de causarla.

No se probó la premeditación conocida, que consiste en pensar reflexivamente una cosa antes de ejecutarla, según definición que da el Diccionario de la Lengua Española, la que concuerda con el concepto jurídico con que se aprecia esta circunstancia en el orden legal, esto es, que el acusado tuviere el propósito frío y persistente en el tiempo de perpetrar el hecho. Como lo ha señalado la jurisprudencia, para que un acto se entienda ejecutado con premeditación, es necesario que entre la resolución de cometer el delito y su ejecución medie un periodo durante el cual el hechor persista en su propósito y, en la especie, es dable concluir que no se encuentran establecidos hechos que lo revelen. En efecto, si bien los testigos Jenny Rojas y Rodolfo Varela, al igual que los demás parientes de la víctima que declararon en estrados, manifestaron que María Varela y el acusado tenían una relación de carácter violento, que él era celoso, relatando, los dos testigos antes nombrados, un episodio ocurrido el viernes anterior al de la perpetración de los hechos, en que la víctima presentaba un corte en el mentón hecho por el acusado, agregando Jenny Rojas que su suegra, María Varela, le dijo que el acusado trató de ahorcarla, puso un cortaplumas en su cuello y en el forcejeo le provocó un corte, lo que motivó que Rodolfo Varela, hijo de la víctima, le diera plazo para irse hasta el 15 de junio. Este último testigo expresó que su madre siempre lo llamaba cuando tenía episodios frecuentes de violencia con el acusado, quien ya se había ido de la casa de la víctima en varias oportunidades, retornando después, como relató Judith Varela, lo que revela que aquella era su forma de relacionarse como pareja y no evidencia un ánimo frío de perpetrar el homicidio en el acusado como sostienen los acusadores.

SEXTO: Que la defensa del acusado, solicitó se considerara en su favor la atenuante del artículo 11 N° 5 del Código Penal, esto es haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos u obcecación. A este respecto el tribunal no ha adquirido convicción suficiente respecto a la veracidad de los dichos del acusado, en orden a que fue agredido previamente por la víctima despertando con un cuchillo en su cuello. No se probó que la víctima haya bebido en casa de

Zoila Acuña, como sostiene el acusado, ya que aquella y Ana Varela explicaron que sólo bebió allí un vaso de vino mezclado con bebida, lo que resulta verosímil atendida la explicación que dio la primera en orden a que debía subir y pasar un barranco para llegar de vuelta a su casa, lo que difícilmente habría logrado con el gramaje alcohólico que presentaba, lo que prueba que bebió al volver a su casa sola, como relataron las testigos antedichas y no acompañada de su hermana como sostuvo el imputado. En cuanto a los dichos del acusado en orden a que despertó en la cama con un cuchillo en su cuello y con María Varela sobre él, de quien no podía zafarse por su peso, que no se dio cuenta que estaba sangrando y cuando lo advirtió se desesperó, la corrió y empezó a luchar en la cama para quitarle el cuchillo cocinero, que reconoce cuando se le exhibe y es incorporado a juicio. Que trató de quitarle el cuchillo y “con el mismo puño de ella y el arma” la tomó por la espalda y acercó el arma hacia el cuerpo de la víctima, en son de amenaza, forcejeo en que ella trataba de darle cortes por lo que él trataba de defenderse, luego del cual la víctima se desplomó, como que se quedó dormida. Que llamó a su señora, porque pensó que él también se iba a ir, porque estaba muy débil. Luego, al ser confrontado con su declaración prestada el día de los hechos ante Investigaciones por delegación del Fiscal, en la que se consigna que “la víctima intentó tomar una botella de vidrio que estaba sobre su mesa de velador con la que quiso agredirlo por lo que reaccionó y con la mano izquierda la tomó de la cara a la altura de la boca y con la mano derecha en la cual sostenía el cuchillo que minutos antes le había arrebatado le propinó uno o dos cortes en el cuello, no recordando si fueron más, momento en que ésta gritaba pidiendo auxilio a su hija y para evitar que sus familiares escucharan tomó un cojín y comenzó a sofocarla para que dejara de gritar, el que mantuvo presionado en su cara hasta que ella no tuvo ningún tipo de reacción”, pretendió explicar las diferencias con su relato en el Tribunal, señalando que aquí dio un extracto, que efectivamente los hechos ocurrieron así, que el cojín lo ocupó para poder hablar con su señora y además que la víctima no alcanzó a tomar la botella, sólo lo intentó. A juicio del Tribunal no se ha acreditado la versión sostenida por el acusado, quien no presentaba ninguna lesión en sus manos, como constató la médico legista, las que necesariamente debieron producirse al arreba-

tar el cuchillo a la víctima, ya que según su relato ella jamás lo soltó y en consecuencia sólo dejaba libre el filo del arma. Por su parte, la víctima sí presentaba múltiples heridas cortantes en su mano izquierda, como se constata en la autopsia, entre otras una en la falange media del índice a colgajo de 1,5 centímetros, otra en la falange proximal del dedo índice, en la falange media del dedo medio presentaba herida a colgajo de 2 centímetros, en el dedo meñique presentaba una herida cortante superficial, lo que lleva a concluir que efectivamente sólo ella se defendió de la agresión, teniendo presente además que la médico legista dijo que es probable que la víctima haya estado acostada y con el cuello descubierto, cuando se produjeron las tres primeras lesiones. De otra parte, los dichos de la médico legista Cabrera, en orden a que las lesiones del acusado fueron autoinferidas, están fundados en la literatura que indica, son concordantes con la prueba rendida y no resultan desvirtuados por los dichos del perito Francisco Fernández, médico cirujano, quien apreció una herida en el cuello del acusado, casi cuatro meses después de los hechos, de bordes muy anfractuados, relatando que esto quiere decir que fue causada por un objeto no cortante, para luego cuando se le exhibió el cuchillo, con el que el propio acusado sostuvo fue causada, explicar que era compatible con dicho elemento cortante. Señaló que la lesión tiene dos ramas que se juntan lo que implica en las heridas por desplazamiento que la única posibilidad es que se hagan con una tijera, lo que no explicaría la lesión central que presenta. Relató que si fuera autoinferida debió ser con intención mortal, porque cerca de la lesión hay arterias y venas que de romperse provocan la muerte. Que esta herida ocasionó que el paciente llegara grave al Hospital y en malas condiciones. El Tribunal no comparte las apreciaciones del perito, vertidas en un informe incorporado a juicio, ya que el común de las personas no tiene por qué conocer las eventuales consecuencias de las lesiones causadas en el cuello, las que aún de ser suicidas no dejan de ser autoprovocadas. Es un hecho que entre el momento que el acusado mató a la víctima, necesariamente antes de las 3:29 de la madrugada en que efectuó el primer llamado a su cónyuge y la hora en que llamó a su primo a las 4:21 de la madrugada, como se acreditó tanto con el informe de llamadas efectuadas desde el domicilio donde se verificaron los hechos como con los dichos de Luis Rojas y del policía José As-

tudillo, quien interrogó a Gladys Rivera, perfectamente pudo provocarse las lesiones, las que de haber tenido la gravedad que les atribuye el médico Fernández, no le habrían permitido sostener conversaciones de hasta 18 minutos como la primera y permanecer todo ese tiempo consciente, teniendo presente además que el policía Javier Alfaro no relató que hubiera sangre en abundancia en la habitación en otros sitios que en la cama, lo que corrobora el hecho que luego de ser suturado pudiera ser dado de alta sin problemas del Hospital. El peritaje de la legista Katia Cabrera pareció objetivo y claro, contrariamente al del perito de la defensa, que sostiene que las lesiones autoinferidas pueden tener cualquier forma, pero sin apoyarse en antecedente alguno, salvo su experiencia, mismo antecedente en que funda las conclusiones que formula acerca de la salud mental del acusado por lo que, al no haberse acreditado la lesión, que supuestamente fue causada por la víctima al imputado que habría motivado su conducta, no se configura la minorante esgrimida por la defensa. De otra parte debe tenerse presente que si la atenuante sólo pretendiera fundarse en las discusiones previas de la pareja, es claro que ellas no provocan en la generalidad de las personas naturalmente reacciones como las que son materia de este juicio.

Impetra igualmente la defensa que se acoja en favor de su representado la atenuante del artículo 11 n° 9 del Código Penal, a saber, si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, ya que reconoció el arma y evitó que esta se periciara colaborando con la investigación.

Que para estimar la concurrencia de esta atenuante de responsabilidad criminal debe determinarse, en primer lugar si éste prestó efectivamente algún tipo de colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y si en dicho evento, esta colaboración puede ser calificada como sustancial.

Es menester precisar que el acusado no tenía, en este caso, posibilidad alguna de negar los hechos habiendo múltiples antecedentes para establecer su participación en el ilícito por el que se le juzga y evidentemente el arma, que en todo caso no resulta imprescindible para acreditar un homicidio, fue encontrada ensangrentada en el lugar de los hechos.

Se acreditó en el juicio que el acusado acomodó sus dichos, dando una versión diferente a la

de la etapa investigativa buscando, en concepto del Tribunal, favorecer su situación procesal.

Al incorporar el legislador esta atenuante en reemplazo de la anterior, que exigía no existiera otro antecedente que “su espontánea confesión”, disposición a todas luces incompatible con los principios del nuevo sistema penal y que hacían necesaria su adecuación, mantiene la actual disposición en estudio la alta exigencia que la antigua norma requería, necesitándose que la contribución del acusado sea sustancial para el esclarecimiento de los hechos, término entre cuyas acepciones el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define como “Que constituye lo esencial y más importante de algo”, lo que en la especie, por las razones ya dichas, a juicio de estos sentenciadores no ha acontecido, razón por la cual se rechazará la atenuante invocada.

SÉPTIMO: Estima el tribunal que sólo favorece al acusado, como modificatoria de responsabilidad, la atenuante de irreprochable conducta anterior, ya que la copia de su extracto de filiación incorporada no registra condenas, la que no se estima calificada, aun cuando declaró sobre sus condiciones personales la testigo María Torreblanca, ya que no parece una persona que sobresalga sobre las demás por sus especiales cualidades.

OCTAVO: Que constando la pena asignada al delito de dos grados, en este caso, presidio mayor en sus grados mínimo a medio, y favoreciendo al acusado una atenuante de responsabilidad criminal, sin que le perjudiquen agravantes, el tribunal no impondrá la pena el tramo más alto, regulándola atendida la extensión del mal causado.

EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL

NOVENO: Que don Rodolfo Varela Varela, hijo de la víctima, ha deducido acción civil en contra del acusado David Llimy Rojas, solicitando que el Tribunal lo condene al pago de una indemnización por daño moral, ascendente a \$40.000.000 (cuarenta millones de pesos).

DÉCIMO: Que en el caso del daño moral, la demostración de la transgresión o agravio del derecho subjetivo importa, al mismo tiempo, prueba de la existencia misma del aquel, particularmente en este caso, en que se acreditó con sus dichos vertidos en la audiencia que Rodolfo Varela siente la lejanía de su madre, al acordarse de pequeñas cosas

que vivió, siente su muerte, estuvo en tratamiento psicológico después de los hechos y su hijastra tuvo pequeñas crisis, lo que se encuentra corroborado por el testimonio de Jenny Rojas, quien relató que la víctima siempre buscó el apoyo de Rodolfo Varela frente a episodios de violencia con el acusado, para que este viera que no estaba tan sola, lo que demuestra que aquel efectivamente mantenía una estrecha relación con su madre, lo que hace concluir que el demandante ha sufrido un daño moral, consistente en la lesión de sus derechos subjetivos con motivo del fallecimiento de su madre, correspondiendo a este Tribunal regular prudencialmente su satisfacción, mediante una suma de dinero, teniendo como parámetro para fijar su monto la naturaleza del hecho ilícito y del derecho agraviado.

UNDÉCIMO: Que habiendo sufrido a consecuencia de la muerte de María Varela Meneses, el demandante civil, un dolor que en justicia debe ser resarcido, se regulará prudencialmente el monto de la indemnización, por concepto de daño moral, fijándose en la suma de \$20.000.000 (veinte millones de pesos).

Y, visto además lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 14, 15, 18, 21, 24, 26, 28,31, 50, 68, 69, 76 y 391 n° 2 del Código Penal; y artículos 47, 295, 297, 325 y siguientes, 340, 341, 342, 348 y 468 del Código Procesal Penal, 2314 del Código Civil y 144 del Código de Procedimiento Civil se declara:

EN CUANTO A LA ACCIÓN PENAL

- I.- Que se condena a David Alfonso Llimy Rojas, ya individualizado, a la pena de DIEZ AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MINIMO, y al pago de las costas de la causa, por su responsabilidad como autor del delito de homicidio en la persona de María Varela Meneses, hecho ocurrido en la ciudad de Coquimbo el día 11 de junio del año 2004.
- II.- Que se condena, además, al sentenciado a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos, y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure su condena.
- III.- Que, no reuniéndose los requisitos legales, no se concede al sentenciado ninguno de los beneficios contemplados en la Ley 18.216, por lo que deberá cumplir real y efectivamente la pena

corporal impuesta, sirviéndole de abono el tiempo que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad en esta causa, esto es, desde el día 11 de junio de 2004, según consta de certificación que debió solicitarse, a este respecto, por la jefa de administración de causas de este Tribunal al Juzgado de Garantía de Coquimbo, al advertir estos sentenciadores que, erróneamente, en el auto de apertura de juicio oral, se consignó como fecha de detención el 14 de junio de 2004, no emitiéndose pronunciamiento, atendida la cuantía de la pena, sobre el informe presentencial acompañado.

- IV.- Que se decreta el comiso del cuchillo incorporado a juicio.
- V.- Devuélvase la restante prueba acompañada a la Fiscalía y a la Defensa en su oportunidad.

EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL

- VI.- Que SE HACE LUGAR a la demanda civil intentada por don Rodolfo Varela Varela, sólo en cuanto se condena al demandado civil David Alfonso Llimy Rojas, ya individualizado, al pago de la suma de veinte millones de pesos (\$20.000.000) por concepto de daño moral, con costas.

Ejecutoriada que sea esta sentencia, cúmplase con el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Regístrese.

Se previene que la magistrado Luz Adriana Celedón Bulnes estuvo por calificar el hecho que se tuvo por establecido, como delito de homicidio calificado, previsto y sancionado en el número 1 del artículo 391 del Código Penal, en su modalidad primera, esto es, con alevosía, por cuanto, a su juicio, de la prueba rendida en este juicio, se desprende que el acusado obró sobre seguro, ocultando su intención homicida a la víctima, aprovechándose del estado de ebriedad en que se encontraba María Eugenia Varela Varela, con la que mantenían una relación de convivencia, evitando toda defensa de ésta.

En efecto, los hechos sucedieron, precisamente, cerca de las 03:00 de la madrugada, en el dormitorio que ambos compartían, encontrándose la víctima acostada en la cama, en estado de ebriedad (según pericia química, los grados de alcohol

en la sangre, al momento del fallecimiento, ascendía a 1.92 gramos por mil) y, por lo tanto, con nula capacidad de repeler el injusto ataque; no resultando creíble la versión del acusado, en el sentido que su conviviente llegó en estado de ebriedad a la casa, que se quedaron dormidos y que se despertó con un cuchillo en el cuello, el que había sido colocado por María Eugenia Varela, reaccionando él y en el forcejeo le causó la muerte.

Con el testimonio de Zoila Acuña Velásquez y Ana María Varela Meneses se acreditó que la ahora occisa se retiró de la casa de la primera, cerca de las 01:00 de la madrugada del día 11 de junio de 2004, luego de haber ingerido sólo 1 vaso de vino con bebida (lo que, según las peritos que depusieron en estrados, conlleva a 0.25 gramos por mil de alcohol en la sangre). Por ello -necesariamente- se desprende que bebió en su propio dormitorio, circunstancia que se colige de los vasos que fueron posibles de observar en las fotografías del sitio del suceso, y del hecho que, según sostiene el propio acusado, y que refrenda Judith Varela Varela, María Eugenia Varela había comprado ese día una botella de Pisco, la que no fue pesquisada por los investigadores, y que tampoco encontró ninguno de sus familiares.

No obstante que no se probó que el acusado hubiere tenido el propósito de emborrachar a la

víctima; a juicio de esta sentenciadora se probó que David Llimy Rojas se aprovechó del referido estado, puesto que -de otro modo- según lo relatan los hijos de la occisa, ella habría podido defenderse, ya que era una mujer maciza y fuerte, y en otras ocasiones había esquivado al Sr. Llimy.

Contribuyen, además, al convencimiento de esta sentenciadora, las demás circunstancias que rodearon el ilícito, esto es, un clima de violencia cuya escala fue aumentando, motivada por los celos del acusado, 20 años mayor que la Sra. Varela Meneses, y que estaban provocando rencillas diarias y frecuentes, según da cuenta el entorno más próximos de la pareja.

Redactada por la Juez Caroline Turner González y la prevención por su autora.

Rol: 6-2005.

DECTADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LA CIUDAD DE LA SERENA, CAROLINE TURNER GONZÁLEZ, JORGE FERNÁNDEZ STEVENSON Y LUZ ADRIANA CELEDON BULNES, QUIEN NO FIRMA ESTE FALLO POR ENCONTRARSE EN FUNCIONES EN EL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE LA CIUDAD DE OVALLE.

- **Condena por el delito de lesiones graves gravísimas, porque el piedrazo lanzado por el acusado contra el auto que transitaba por la autopista hizo perder a la víctima la visión total de su ojo derecho.**

Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de lesiones graves del artículo 397 N° 1 del Código Penal. La Defensa no controvertió los hechos, ni la calificación jurídica, y solicitó el reconocimiento de las atenuantes del artículo 11 N° 6, 7 y 9, así como que se tuviera alguna de ellas como muy calificada. El Tribunal condenó por el delito de lesiones graves gravísimas, dado que la víctima resultó con lesiones que le significaron la pérdida total de la función del ojo derecho, quedando así impedida de un miembro importante. Respecto de las atenuantes invocadas, sólo acogió la primera en mérito de la convención probatoria de no registrar el extracto del acusado anotaciones anteriores. Rechazó la atenuante de reparar con celo el mal causado por cuanto la norma exige un actuar celoso, y por ende una contribución seria en el intento de reparar. En el juicio se demostró que el acusado usó parte del dinero reunido en otros gastos, además de haber sido los padres quienes lo habían conseguido. Por otra parte, el monto consignado resultó exiguo frente a la gravedad de las lesiones producidas, y fue depositado cinco meses después de ocurridos los hechos con la evidente intención de conseguir una minorante, habiéndose extrañado en el acusado el esmero íntimo para intentar reparar. La minorante de haber colaborado sustancialmente en el esclarecimiento de los hechos, porque si bien declaró durante la investigación, lo hizo cuando ya se contaba con información de otras fuentes que eran suficientes para sostener una acusación oficial con éxito. De esta manera faltó el requisito esencial de la atenuante, cual es que su colaboración haya sido determinante en el éxito de la investigación (conclusión necesaria atendido el contexto histórico de la norma). Finalmente, en cuanto a la petición genérica de la Defensa de calificar una de las atenuantes, el Tribunal estimó que no se aportaron antecedentes que avalaran que el comportamiento previo del acusado haya sido de una conducta excepcional.

Texto completo:

Rancagua, diecinueve de marzo de dos mil cinco.

VISTOS:

PRIMERO: Que ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, constituido por el juez Presidente de la Sala, don Marcos Kusanovic Antinopai, y los jueces don Gustavo Vega Belmonte y don Carlos Moreno Vega se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rol interno del tribunal n° 6-2.005, seguida en contra de Carlos Manuel Loyola Sandoval, chileno, cédula nacional de identidad n° 15.101.491-2, 23 años de edad, soltero, trabajador, domiciliado en Los Aromos 126, Población El Bosque, Comuna del Olivar.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por los Fiscales, don Néstor Gómez

Canales y don Carlos Fuentes Rebolledo, ambos domiciliados en calle Alcázar N° 139 de la comuna de Rancagua.

La defensa estuvo a cargo del Defensor Penal Público, don Mario Vargas Cociña, domiciliado en calle Germán Riesco 230, piso 9, de esta ciudad.

SEGUNDO: Que los hechos en que se fundó la acusación, según se lee en el auto de apertura fueron los siguientes: "El 17 de septiembre de 2004 alrededor de las 04:45 horas de la madrugada en circunstancias que se desplazaba caminando por la berma poniente de la carretera 5 sur a la altura del kilómetro 89 en dirección al Norte, el imputado procedió a lanzar una piedra al parabrisas del vehículo en que viajaba la víctima Tatiana Armijo Camilo. Producto del impacto la piedra quebró el parabrisas e ingresó al interior del móvil, golpeando de lleno el rostro del víctima quien resultó con las si-

güentes lesiones: Traumatismo maxilofacial severo y Traumatismo ocular derecho grave, lo que a juicio de la Fiscalía constituyó el delito de lesiones graves que señala el artículo 397 N° 1 del Código Penal, atribuyendo al acusado la calidad de autor ejecutor directo e inmediato de conformidad con el artículo 15 N° 1 del citado texto legal.

Agregó, que favorece al imputado la circunstancia atenuante de poseer una conducta anterior irreprochable y solicitó se le aplique la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa.

TERCERO: Que la defensa, tanto en su alegato de apertura, como de clausura manifestó coincidir con el Ministerio Público en la gravedad del hecho cometido por su representado, reconociendo expresamente la existencia del delito de lesiones graves del artículo 397 N° 1 del Código Penal y la participación de autor ejecutor que le correspondió al acusado.

Pidió que se reconozcan las atenuantes de haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos; la de haber procurado reparar con celo el mal causado y la irreprochable conducta anterior precisando que se califique cualquiera de ellas, y en definitiva se le imponga una pena que permita el otorgamiento de alguno de los beneficios que señala la ley 18.216.

CUARTO: Que, sin perjuicio del reconocimiento expreso del abogado defensor de la existencia del delito de lesiones, para establecerlo contamos con los dichos de Luis Andrés González Gómez, quien expuso que el día de los hechos, regresaba en su camioneta a la ciudad de Rengo por la carretera Cinco Sur. Lo acompañaba Tatiana Armijo Camilo en el asiento delantero y otros familiares en el asiento trasero, ella dormitaba, repentinamente sintió un impacto en el parabrisas, logró controlar el vehículo y estacionarlo en la berma, vio a tres individuos en la carretera. Se percató que una piedra impactó en el rostro de su novia. Bajó del móvil y se dirigió a pedir ayuda al retén de Gultro que estaba cerca.

Agregó que mientras pedía auxilio, su cuñada Alexis Armijo Camilo persiguió a los hechores.

Precisó ante el Tribunal que la piedra, después de impactar la cara de la ofendida quedó en sus rodillas, elemento que al serle exhibido por la

Fiscalía lo reconoció y de esta forma se incorporó como evidencia material.

También le fueron exhibidas diversas fotografías del sitio del suceso señalando el lugar exacto donde recibió el impacto y luego donde estacionó su camioneta.

Asimismo, a través de su declaración, el Ministerio Público incorporó fotografías del rostro de la ofendida antes del hecho y después de este, cuando se encontraba en el hospital después de la primera operación, imágenes impresas a las que se refirió el declarante, precisando que le implantaron cuatro placas de titanio y 17 tornillos en la órbita ocular, sufrió la fractura de la nariz y perdió la visión de su ojo derecho y que aún está sometida a terapia.

Contraexaminado por el defensor corroboró que vio a tres sujetos en el lugar, pero no pudo reconocerlos por la neblina y oscuridad del momento, también adujo que fue llamado a reconocer a un presunto participante y se equivocó.

No recordó de qué manera se enteró de la detención del acusado, pero posteriormente el Fiscal le expresó que había una persona confesa del hecho.

Compareció además, Alexis Armijo Camilo, quien refirió que en la madrugada del 17 de septiembre de 2004, viajaba en el asiento trasero de la camioneta que conducía Luis González en dirección a la comuna de Rosario, pasado el puente Cachapoal sintió un golpe en el vidrio, al estacionarse el vehículo, salió en persecución de tres individuos que huyeron en dirección a la línea férrea, para posteriormente seguir hacia una población cercana. Desistió de seguirlos por no conocer el lugar. Se devolvió y vio a su hermana Tatiana herida. Cuando llegó Carabineros los acompañó al lugar por donde los sujetos huyeron.

Al serle exhibidas las mismas fotografías ya incorporadas al juicio como medio probatorio, fue señalando el lugar exacto donde fue arrojado el proyectil a una distancia que precisó como cercana, indicó el sitio exacto por donde huyeron los atacantes y también señaló el impacto de la piedra en el vehículo.

Respecto de las fotografías que muestran el rostro de su hermana, indicó que ésta perdió la visión del ojo derecho y sufrió la fractura de la nariz.

Agregó que, como familia han padecido a consecuencia de la agresión, debió dejar su trabajo para acompañar a su madre en diversos trámites, han debido afrontar gastos superiores a los ingresos familiares, además tiene su propio hogar y su padre no les presta ayuda.

Contraexaminado, afirmó que había neblina, pero poca, pudo ver a tres personas, una estaba detenida y otras dos iban más adelante, después corrieron. No pudo ver sus rostros. Se enteró por las “noticias” que el acusado había confesado su delito.

El Ministerio Público llevó ante estrados al testigo Luis Antonio Poblete Salinas, quien manifestó que el día 17 de septiembre de 2004 se juntó con su amigo Carlos Loyola Sandoval, primero en una multicancha de la Población donde residen, bebieron una botella de pisco, enseguida cruzaron la carretera y estuvieron en un cuartel de Bomberos. Cerca de las cuatro de la madrugada emprendieron el regreso a sus hogares, cruzaron nuevamente la carretera y cuando se encontraban junto a una pandeleta, Loyola le dijo que iba a lanzar una piedra a un vehículo. Él le dijo que no lo hiciera, y dejó la piedra en el suelo, caminó unos pasos más. Loyola se quedó atrás, adelante iba un ciclista que no iba con ellos. Cuando se dio vuelta se percató que Loyola había lanzado una piedra a un vehículo, sintió el golpe en el parabrisas. Carlos Loyola se acercó a él y dijo que le había pegado, miraron el móvil que paró más adelante, se bajaron unas personas y ellos empezaron a correr, les gritaron, llegaron a una escalera, cruzaron la línea férrea y alcanzaron al ciclista a quien conocía, llegaron hasta la casa de éste, quien les preguntó qué les pasó. Contestó “este huevón se mandó la media cagá en la carretera”. Carlos dijo “igual rematé”. Conversaron un rato y el “Troy” que es el ciclista, se quedó ahí, Carlos decía que le había pegado. Luego se fueron a sus casas.

Señaló que días después llegaron los carabineros y prestó declaración en la Fiscalía. Carlos estaba en el lugar, pero lo soltaron, en cambio, él debió quedarse todo el día en la Fiscalía. Posteriormente, en la noche, el acusado lo llamó para preguntarle qué había pasado, qué había dicho en sus declaraciones, él le dijo que nada, no le contestó.

Agregó que anduvo por varios lugares con los carabineros, explicó lo que había visto. Le exhibieron las fotografías del lugar, precisando donde ocurrieron los hechos, indicó la posición de ambos,

también por donde corrieron, cruzaron hacia la población, donde encontraron al “Troy” que iba en bicicleta y el lugar donde comentaron el incidente.

Con relación a lo que sucedió con el imputado después que declaró, dijo que lo tomaron detenido.

Contraexaminado, afirmó que iban solos, Carlos iba muy bebido, no sabe si recordó lo ocurrido, en cambio él no iba bebido.

Expresó, que en su primera declaración en la Fiscalía no mencionó que vio al acusado tirar la piedra, pero explicó que se refirió a haberlo visto con el brazo en alto con la piedra en la mano, pero no que lo vio lanzarla, pues, el trayecto de la piedra no lo apreció. Sólo sintió el golpe.

El defensor hizo uso de la herramienta procesal del artículo 332 del Código Procesal Penal para evidenciar contradicciones y el testigo leyó el párrafo correspondiente señalando que no vio al acusado, sintió el sonido del rebote en el parabrisas, pero no vio la piedra.

Explicó que al día siguiente prestó una declaración aclaratoria expresando que cuando se dio vuelta estaba con el brazo en alto y lanzó el proyectil. Afirmó que no vio específicamente la piedra.

Añadió que efectivamente le contó al “troy” lo sucedido y Carlos también se lo dijo.

Ante el requerimiento del defensor, señaló que le preguntaron si él había lanzado la piedra y él respondió que fue Loyola. El ciclista, apodado el “Troy” sólo escuchó lo que le dijeron, no presencié el hecho. Se enteró de la gravedad de la situación cuando lo escuchó en las noticias, pensó que la piedra era pequeña, no pudo apreciar el tamaño del objeto en el momento que lo tenía en la mano el acusado.

Compareció a la audiencia, Arzobindo Gómez Quevedo, apodado “el Troy”, quien refirió que el 17 de septiembre de 2004 cerca de las cinco de la madrugada iba por la carretera, en su bicicleta, cruzó la línea del tren y lo alcanzaron dos personas, a una le dicen “el Carlos” y la otra es apodada “el Flaco”. Llegaron hasta la casa de su suegra le pidieron un cigarro. El “Flaco” le dijo: “mansa cagá que se mandó este huevón”, Carlos Loyola le expresó que estaban tirando piedras a la carretera y agregó, algo como “rematemos al huevón”.

Ambos sujetos venían corriendo desde la carretera hacia la población.

Prestó declaración doña Teresa de la Cruz Camilo Arriagada, quien señaló que el día de los hechos regresaban a la ciudad de Rosario, y en el Puente Cachapoal sintieron un impacto en el parabrisas de la camioneta. El pololo de su hija logró detener el vehículo, para posteriormente dirigirse a Carabineros, ella se acercó a su hija que estaba durmiendo, y se percató que no reaccionaba, estaba inconsciente con su cara llena de sangre. Llegó la ambulancia y en el hospital se enteró de la gravedad de la lesión. La operaron en Santiago, para ver si perdió el globo ocular y luego de la nariz en una segunda operación, le falta otra intervención para reconstruirle la nariz y levantar el párpado.

Le fue exhibido un video, ofrecido en la audiencia de preparación del juicio oral y que de esta forma fue incorporado como medio probatorio. A través de su muestra, la testigo indicó el lugar donde ocurrió el hecho, el estado en que quedó la camioneta después del impacto, y afirmó que las imágenes exhibidas, se refieren a su hija y a las intervenciones quirúrgicas a que fue sometida.

Es necesario dejar en claro que el video exhibido contiene informaciones e imágenes grabadas por canales de televisión respecto del lugar de los hechos, de la camioneta en que viajaba la víctima, declaraciones de facultativos que la intervinieron quirúrgicamente y que detalladamente mostraron las lesiones sufridas y sus consecuencias, como asimismo, los implantes realizados en la zona afectada para que conserve su globo ocular, señalando que perdió la visión de su ojo derecho.

Agregó la testigo que lo acontecido le significó mucho dolor y gastos, debe llevarla a control todos los días. El daño causado es irreparable, afectó a toda la familia. No cuenta ayuda de su marido de quien está separada.

Prestó declaración el perito Bernardo Barlaro Fuentealba, quien expresó que meses atrás debió examinar a Tatiana Armijo Camilo, con el objeto de determinar las lesiones sufridas a consecuencia de una piedra que después de impactar el vehículo en que se desplazaba el viernes 17 de septiembre de 2004 la golpeó en el rostro.

De esta manera, el médico legista explicó que la paciente a su examen directo, presentó una cicatriz por herida contusa de dos centímetros, que

se extendía desde el borde externo libre del párpado superior derecho hasta la cola de la ceja del mismo lado, como asimismo, una cicatriz quirúrgica de tres centímetros bajo el párpado inferior derecho, excoriaciones en el vestíbulo nasal derecho, dolor a la palpación de toda la hemicara derecha, dificultad para abrir la boca, por lo que no pudo examinar posibles fracturas dentarias. Agregó, que tal como consignó en el informe de lesiones -que el Ministerio Público incorporó mediante su declaración-, la paciente presentó, además, una deformidad nasal leve y amaurosis en el ojo derecho.

Al respecto, el perito destacó, que para poder llegar a sus conclusiones, debió examinar todos los antecedentes que contenían su ficha clínica, que en resumen señalaban que debió ser hospitalizada de urgencia en el Hospital Regional de Rancagua, para posteriormente ser trasladada el día 20 de septiembre del año pasado al Hospital del Salvador de Santiago, donde fue operada, practicándosele una reducción y una reconstrucción órbita cigomática derecha y una reducción cerrada de la fractura nasal.

Agregó que en base a estos antecedentes, consignados por los especialistas: neurólogos, oftalmólogos y cirujanos que la atendieron días después de la agresión, pudo establecer los siguientes diagnósticos: contusión ocular severa, subluxación cristalino, desgarro retinal, desprendimiento de retina y coroides, tec cerrado, fractura y hemorragia temporal, fractura orbitaria derecha y fractura nasal, explicando que la agresión ocasionada por un elemento contundente produjo un traumatismo craneo facial que dejó como secuela la pérdida funcional del ojo derecho, de carácter irreversible, debido al desprendimiento de la coroides, la que es irreparable y hace imposible recuperar la visión.

Le fue exhibido el video, incorporado por el Ministerio Público como medio probatorio, y el médico legista hizo algunos alcances respecto de las intervenciones médicas que muestra la película, explicando al tribunal donde se encuentran las fracturas, la órbita maxilar superior, el lugar exacto en que el impacto de la piedra produjo la pérdida de pequeños huesos que se fragmentaron y se reemplazaron por la placa con el objeto de unir dos huesos, el malar y el frontal. Manifestó que el costo de las placas de titanio es elevado. El tiempo hará disminuir la cicatriz, pero no desaparecerá.

Por último, señaló que las lesiones indicadas sanarán en un plazo estimado de ciento diez a ciento veinte días, y que las catalogó como graves, pues no corresponde a los médicos legistas encuadrarlas como gravísimas, lo que según su parecer corresponde a los tribunales.

En todo caso afirmó, que además de la secuela de pérdida funcional del ojo derecho, con la consecuente incapacidad parcial y permanente, evidencia cicatrices notoriamente deformantes del rostro, debiendo ser evaluada en un tiempo posterior, para determinar el daño definitivo.

Compareció ante estrados, Tatiana del Pilar Armijo Camilo, víctima del hecho que nos convocó, quien expresó que no recuerda nada de lo sucedido, y que sólo se percató de su situación en el Hospital.

Fue intervenida quirúrgicamente en dos oportunidades, una para ver si había perdido el globo ocular y otra por la fractura de su nariz. Ha debido ir todos los días a sesiones de kinesiología en el hospital.

Está en la actualidad con tratamiento psiquiátrico, el daño psicológico ha sido enorme y desde el punto de vista económico, no tiene dinero para cancelar su tratamiento, ella pensaba estudiar y no puede hacerlo por la pérdida de su ojo, como por la parte económica.

Agregó que aún le falta una nueva operación en el rostro para reconstruir su nariz.

Con relación a la propuesta del acusado de conversar con ella y pedirle perdón, lo que se efectuó con ella presente, a una pregunta del Defensor, señaló que lo perdonaba, que no le tiene rencor pero que debía ser sancionado por lo que hizo, que el sufrimiento de ella es infinito, nunca se va a olvidar de esto. Y no quiere que le suceda a otra persona, por ello debe el acusado pagar por lo que hizo.

Prestaron declaración los funcionarios de Carabineros de la Sección de Investigaciones Policiales, Wilson Améstica Herrera y Samuel Painemal Venegas, el primero de ellos expresó que debió participar en el procedimiento efectuando averiguaciones para determinar la identidad de los autores del hecho ocurrido. El día 21 de septiembre de 2004, en horas de la tarde, concurrió con su compañero Painemal al sector de Gultro, Población el Bosque, debido a informaciones proporcionadas por el Jefe

de retén del Olivar. Se entrevistaron con vecinos y dieron con un joven apodado el Flaco, quien cooperó diciendo que tenía información y sabía quién era el autor del delito. Se le informó al Fiscal y se trasladó para que prestara declaración. Efectivamente había otro involucrado, pero este manifestó que no tenía información sobre lo sucedido, se trataba del tal "Carlos", quien posteriormente resultó ser el autor.

Con relación al "Flaco", este manifestó que el autor del delito fue Carlos. Agregó que ubicaron a otra persona, de nombre Arzobindo que tenía conocimiento de los hechos ocurridos, quién fue trasladado a la Fiscalía, pero no recuerda sobre su declaración.

Contraexaminado, afirmó que efectivamente, Poblete, apodado "el flaco", les informó quien era el autor del delito. A Carlos también le preguntaron, aceptó cooperar, pero no reconoció tener participación.

Agregó el declarante que ellos sabían que los autores serían de la población aledaña al lugar de los hechos.

A su vez, el funcionario Painemal, agregó a lo expuesto por el policía Améstica que efectivamente fue el "Carlos" quien lanzó la piedra y le habló de otro testigo a quien fueron a buscar el día siguiente y declaró en la Fiscalía.

El Ministerio Público hizo comparecer a Florentino Arellano González, Jefe de la Sección de Investigaciones Policiales de la Tercera Comisaría de Carabineros, quien refirió que dio cumplimiento el día 23 de septiembre último, a las 13:30 horas, a la orden de detención que se despachó contra Carlos Loyola Sandoval.

Como antecedentes para justificar la detención se tenían dos testigos, uno presencial y otro de oídas, que ya habían prestado declaración en la Fiscalía. Loyola estaba en su domicilio, se le detuvo y se leyeron sus derechos en el mismo lugar, lo trasladaron a la unidad, volvieron a leer sus derechos, ahora en forma más detallada, haciéndole hincapié en el punto de guardar silencio, sin embargo, decidió declarar y dijo ser el autor del "pedrazo". Aclaró que en el trayecto a la Unidad, manifestó que no tenía nada que ver con lo ocurrido.

Se le exhibieron las fotografías del sitio del suceso, carretera ruta 5 sur, indicó la distancia en-

tre el lugar donde fue lanzada la piedra y donde quedó la camioneta, cuarenta y cinco metros. También la distancia entre la berma y la calzada, indicó por donde huyeron el acusado y su acompañante hacia la población que está detrás de la línea férrea. También se refirió a un croquis del sitio del suceso y sus alrededores, el que de esta forma fue incorporado en la audiencia.

Preguntado por el Fiscal afirmó que las declaraciones de los testigos eran concordantes con las de las víctimas en cuanto a por donde huyeron hacia la escalera y población cercana.

Explicó que las declaraciones de los testigos se tuvieron antes de la detención.

Contraexaminado, expresó que efectivamente el mejor antecedente que tenían era la declaración del testigo presencial, sin perjuicio de las averiguaciones practicadas por funcionarios de Carabineros de la ciudad de Rengo. No opuso el acusado resistencia alguna a la detención. En el vehículo mantuvieron una conversación informal, posteriormente en la comisaría accedió a prestar declaración, la que se inició antes de que llegara el Fiscal a cargo. Agregó que personalmente la tomó y el acusado reconoció que lanzó la piedra, la declaración fue conseguida en cinco o diez minutos, y coincidieron con las declaraciones de los testigos. Aseveró que no le dijo al acusado que si declaraba podía beneficiarlo. No recuerda si el Fiscal ofreció ayuda al imputado si colaboraba.

Expresó que después del reconocimiento del acusado practicaron otras averiguaciones en la Población El Bosque, consiguiendo otros testimonios, pero no formalmente pues las personas no quisieron verse involucradas.

También declaró, el Cabo Primero de Carabineros, Pedro Alex Echeverría Garrido, quien coincidió en sus dichos con los de Arellano González, precisando que antes de la detención del acusado manejaban información suficiente otorgada por parte de dos testigos, que eran concordantes con ciertas características del sujeto, como del sitio del suceso, que reveló ciertos indicios de cómo ocurrieron los hechos.

Manifestó que Loyola sabía el motivo de su detención, en el trayecto alegó inocencia, pero en la Comisaría aceptó voluntariamente prestar declaración confesando su participación. Ante una pre-

gunta del defensor, señaló que efectivamente le dijo al acusado que si cooperaba iba a ser tenido en cuenta, luego llegó el señor Fiscal y el señor Defensor. No recordó si con posterioridad alguien le haya dicho algo respecto de su cooperación.

Por último, manifestó que lo declarado por el acusado calzaba con lo dicho por los testigos y que se determinó fehacientemente su participación en calidad de autor. Agregó que no recibió más órdenes para acreditarla.

QUINTO: Recapitulando, la defensa del acusado reconoció expresamente la existencia del hecho punible y no controvertió la prueba de cargo presentada por el Ministerio Público, coincidiendo con la calificación jurídica de lesiones graves en su modalidad de gravísimas que le otorgó el ente persecutor.

A su vez, los elementos probatorios que hizo valer la Fiscalía, consistentes en la declaración de la víctima, de sus acompañantes, de las fotografías, croquis y registro filmico fueron concordantes entre sí y acorde con lo expresado por el médico legista, Bernardo Barlaro Fuentealba que describió circunstanciadamente las lesiones sufridas por la ofendida, elementos, unidos de tal forma, en una trabazón lógica y armónica, que permitieron tener por acreditado, más allá de toda duda razonable los siguientes hechos:

Que el 17 de septiembre de 2004, siendo aproximadamente las 04:45 horas, en circunstancias que Tatiana del Pilar Armijo Camilo viajaba como copiloto en el interior de una camioneta por la ruta 5 sur, a la altura del kilómetro 89 fue impactada en el rostro por una piedra lanzada por un sujeto que se encontraba en la berma. A consecuencia de lo anterior la ofendida resultó con traumatismo máxilo facial severo y traumatismo ocular derecho grave que le produjo la pérdida permanente y definitiva de la visión del ojo derecho.

Estos hechos tipificaron el delito de lesiones graves en su modalidad de gravísimas, consumado, previsto y sancionado en el artículo 397 N° 1 del Código Penal, toda vez que un sujeto agredió con una piedra a la ofendida quien, por esta acción dolosa resultó con lesiones que le significaron la pérdida total de la función del ojo derecho, es decir se configuró la hipótesis de impedición de un miembro importante a que alude la norma legal invocada.

Para llegar a esta conclusión, el tribunal tuvo presente, aparte del conocimiento directo a través de la intermediación en la audiencia, lo expuesto por el médico legista, Bernardo Barlaro Fuentealba, quien refirió que Tatiana del Pilar Armijo Camilo, a consecuencia del traumatismo craneo facial de alta energía ocasionado por un elemento contundente sufre como secuela definitiva la pérdida funcional del ojo derecho, con carácter de irreversible, atendido el daño ocasionado con el desprendimiento de coroides, situación que no es posible revertir en el futuro.

SEXTO: Que, el acusado, ya avanzada la prueba de cargo presentada por la Fiscalía, renunciando a su derecho a guardar silencio, solicitó ser oído, manifestando directamente a la víctima, presente en la audiencia, su arrepentimiento y perdón por su actuar. Expresó que nunca tuvo la intención de causarle daño. Dijo que efectivamente cometió el delito, estaba mal, con problemas, sin trabajo y con su hija enferma. Cuando le pegó, se paró por un momento, y cuando se detuvo el vehículo impactado, tuvo miedo y corrió. Reconoció que fue detenido el día 23 de septiembre de 2004.

Señaló, a una pregunta del Fiscal, que el día de los hechos iba con su amigo Luis, apodado “el Flaco”. Reconoció que le preguntó a su amigo qué había declarado en la Fiscalía, pero le expresó también que iba a declarar cuando lo llamaran.

Preguntado por el Fiscal, no recuerda cuándo hizo el primer depósito para reparar el mal causado, lo hizo su madre, ahora último hizo otro con un préstamo que consiguió su padre de una Cooperativa.

Expresó que efectivamente después que le revocaron su libertad provisional, estuvo “diez días perdido”.

Examinado por su Defensor, aseveró que cursó cuarto medio de educación, egresando cuando hizo el Servicio Militar, posteriormente trabajó en la empresa Agrosuper como embalador de carne hasta abril de 2004 cuando fue despedido. Se dedicó a hacer trabajos esporádicos como temporero.

Tiene una hija de dos años y diez meses que sufre de microcefalia, se atiende en la Teletón, convivió hasta hace poco en casa de sus padres con la madre de su hija, incluso debido a la enfermedad de la menor había pedido un préstamo que no ha

podido cancelar. Agregó que al momento de los hechos no vivía ya con ellos, discutió con su conviviente y se fue de la casa, por esa razón estaba mal.

Con relación al día de los hechos iba con Luis, venía en la berma de la carretera y sin ningún sentido tomó la piedra y la lanzó, sintió el golpe, arrancó cuando se detuvo la camioneta, se dio cuenta que se había mandado “un condoro”.

Respecto de la investigación, fue a declarar y le dijeron que lo iban a ir a buscar y así, cinco días después lo llevaron a la Tercera Comisaría de Carabineros, allí le dijeron que tenía que colaborar con la investigación porque lo iban a ayudar, después llegó el Fiscal y le dijo lo mismo. Estaba también el Defensor. Reconoció el hecho, contó cómo fue y con quién andaba.

Con relación a los depósitos, los dos primeros fueron en diciembre del año pasado, de diez y de ocho mil pesos respectivamente, el dinero provino de campeonatos de babyfútbol que organizaba su madre, quien además vendió papas fritas y completos para reunir el dinero.

El último depósito fue de aproximadamente doscientos mil pesos, resultante de un préstamo que pidió su padre, ocupó también parte de ese préstamo para leche y jarabes de su hija cuando estaba resfriada.

Agregó que nunca había sido detenido y su participación social era jugar por un club deportivo de la población en que reside. Supo de la gravedad del hecho por las informaciones.

A una pregunta del Fiscal expresó que efectivamente reacciona mal cuando lo insultan y ha participado en riñas, pero no siempre, sólo cuando lo provocan y “le sacan la madre”.

SÉPTIMO: La participación del acusado en los hechos que se le imputaron se demostró, en primer término, con la imputación directa y precisa que formuló en su contra el testigo Luis Antonio Poblete Salinas, quien acompañaba a Carlos Loyola Sandoval el día 17 de septiembre de 2004, aproximadamente a las 04:45 horas y pudo apreciar directamente todo lo sucedido, testigo que incluso intentó disuadir al imputado arrojar la piedra, pero sin éxito.

En segundo lugar, con la inculpación que efectuó Arzobindo Gómez Quevedo, que si bien no presenció directamente la acción emprendida por el

acusado, sí tuvo conocimiento de ella en un momento próximo y cercano en el tiempo, pues se encontraba en el mismo lugar de los hechos y el trayecto a su domicilio coincidió con el de Carlos Loyola y Luis Poblete Salinas a quienes antecedía, de tal modo que cuando ellos huyeron lo alcanzaron y le comentaron directamente lo ocurrido, reconociendo Loyola que arrojó la piedra al vehículo.

Los dichos de los testigos mencionados fueron corroborados a su vez por los testimonios de los funcionarios de Carabineros, Wilson Améstica Herrera, Samuel Painemal Venegas, Florentino Arellano González y Pedro Echeverría Garrido, quienes participaron de las primeras diligencias destinadas a dar con el paradero del autor o autores del hecho, manejando informaciones que les permitieron ubicar a Poblete y a Loyola, y posteriormente a Arzobindo Gómez, apodado el "Troy" y como consecuencia de ello detener a Carlos Loyola Sandoval como autor del delito el día 23 de septiembre del año recién pasado.

Estos antecedentes, unidos al reconocimiento del acusado, formaron convicción suficiente en este tribunal y permitieron dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que Carlos Manuel Loyola Sandoval, intervino de una manera inmediata y directa en la perpetración del delito de lesiones graves, en la modalidad de gravísimas establecido en el motivo quinto, por lo que de acuerdo al artículo 15 N° 1 del Código Penal tuvo participación en calidad de autor del mismo.

OCTAVO: Que, como se adelantó al leer el veredicto, se dio lugar a la petición de la defensa de beneficiar al sentenciado con la minorante prevista en el artículo 11 n° 6 del Código Penal, consistente en poseer una conducta anterior irreprochable, reconocida por el Ministerio Público y que se acreditó con el mérito que fue posible atribuir a la convención probatoria, según la cual su extracto de filiación y antecedentes se encuentra exento de anotaciones pretéritas y con los dichos de los testigos Dennis Sánchez Bravo y Ramón Cerón Soto, quienes manifestaron conocer al imputado desde hace varios años a la fecha, coincidiendo que se trata de una buena persona, trabajadora, tiene una hija enferma de microcefalia, está cesante y su situación económica es mala. Sánchez precisó que el acusado había hecho abandono de su casa, perdió el trabajo y andaba depresivo. A su vez, Ramón Cerón,

pastor evangélico del sector, indicó que la madre de Carlos Loyola es asidua a su iglesia, y por ello se enteró que el acusado le daba dinero para los gastos de su hija.

La defensa del acusado solicitó en forma general se calificara alguna de las atenuantes invocadas, sin especificar ni aportar antecedentes para así decidirlo.

De tal manera, el tribunal sólo tiene en consideración los dichos de los testigos recién aludidos que manifestaron, en resumen, que el acusado es una buena persona, trabajadora, ahondando en sus problemas de trabajo y de salud de su pequeña hija, sin dar mayores datos o antecedentes que permitan a este tribunal establecer una conducta social, de ayuda a la comunidad en que se desenvuelve, que lleve a concluir a los sentenciadores que es una persona de conducta excepcional que lo haga merecer la calificación invocada por su defensa.

En consecuencia, los antecedentes aportados por los testigos de conducta no son suficientes a juicio del tribunal para acceder a la petición de considerar la atenuante contemplada en el artículo 11 N°6 del Código Penal como muy calificada en los términos del artículo 68 bis del mismo texto legal.

NOVENO: Que, la defensa invocó a favor del acusado la atenuante contemplada en el artículo 11 n°9 del Código Penal, esto es, haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, mencionando que su actitud, desde el inicio de la investigación facilitó el trabajo del Ministerio Público, pues confesó su delito en la primera declaración que le tomó el Ministerio Público, y aunque reconoció que efectivamente se tenían indicios de la responsabilidad de su representado, estos eran las inculpaciones de un testigo de oídas y del acompañante del acusado, el testigo Poblete. Respecto a este último, el abogado defensor planteó la teoría de que si su defendido hubiese culpado al testigo del hecho no se habría podido esclarecer y el Ministerio Público habría tenido dos versiones y la investigación no se habría agotado. Incluso señaló que se le habría ofrecido ayuda por su colaboración.

Por último, invocó en apoyo de su argumento la circunstancia de que sin la confesión del imputado la justicia pudo verse frustrada o retardada.

Este tribunal estima que no concurre a su favor la minorante invocada. Si bien el Ministerio

Público, contó con la declaración del acusado durante la investigación, quien reconoció el delito, igualmente como lo aseveró el fiscal en su alegato de clausura, tuvo información aportada por otras fuentes que surgieron del sitio del suceso, como el lugar por donde huyeron Poblete y el acusado Loyola que condujo a la Población El Bosque, de la cual dieron cuenta pormenorizada los funcionarios policiales Wilson Améstica y Samuel Painemal, al señalar que el jefe del Retén del Olivar ya les tenía antecedentes, es decir los policías tenían encaminada la línea investigativa que condujo al acusado.

Además, estas averiguaciones efectuadas por el personal de la Sección de Investigaciones Policiales tuvieron un éxito inmediato, pues a sólo días de ocurrida la agresión se pudo ubicar al testigo presencial que acompañaba al acusado, quien refirió lo ocurrido imputando a este su participación de único autor.

Igualmente, el ente persecutor contó con la declaración del testigo Arzobindo Gómez Quevedo, apodado el "troy" que si bien no presencié directamente los hechos, es un testigo de oídas privilegiado, que estuvo en el lugar minutos o segundos antes de ocurrida la acción dolosa y que fue alcanzado en su trayecto por Loyola y su acompañante que huían de la persecución de uno de los ocupantes del vehículo atacado, quien los vio perderse en dirección a la población donde reside. De tal manera, este testigo se enteró directamente, primero, por boca de Luis Poblete, el "Flaco", y enseguida el propio autor le confirmó lo ocurrido.

De esta manera, el tribunal no compartió la teoría de la defensa, en cuanto a la posibilidad que tenía el acusado de inculpar al acompañante, y así evadir su responsabilidad, pues ambos testimonios eran más que suficientes para sostener una acusación oficial con éxito, como así le pareció al tribunal al escuchar sus declaraciones, que fueron creíbles, consistentes, coherentes entre sí y acordes con los demás elementos probatorios como los dichos de los testigos que viajaban en el vehículo y que en la audiencia conformaron una prueba de cargo que logró superar el estándar necesario para formar convicción sobre el delito y la participación del acusado.

No obsta a lo argumentado, los dichos del policía Echeverría, que expresó que luego de la confesión del acusado no recibió más órdenes para establecer la autoría en el hecho investigado, pues

se contradijo con los dichos de su jefe, el funcionario Florentino Arellano que manifestó que prosiguieron las averiguaciones y consiguieron otros testimonios de personas que no quisieron darle un carácter formal para no involucrarse y que en definitiva no se tomaron en cuenta.

En todo caso, aparte de lo expuesto precedentemente, lo expresado por el imputado en la investigación, aún cuando se entendiera que significaron una colaboración al esclarecimiento de los hechos no reunió el carácter de sustancial que exige la atenuante.

En efecto, sus dichos, si bien permitieron liberar de la carga de la prueba al Ministerio Público y facilitar su labor en la audiencia, fueron complementarios de la prueba de cargo ya analizada.

En efecto, como este tribunal lo ha manifestado, con esta minorante se pretende premiar al imputado que por la vía de aportar antecedentes fidedignos, facilita la labor de persecución del Estado, desarrollando una actuación a la que no está obligado.

Sólo estas poderosas razones de política criminal autorizan para alterar el régimen punitivo normal del Código en el entendido que sin la colaboración del imputado por vía de su confesión o aporte de otros antecedentes necesariamente calificados, como instrumentos, testigos, o evidencias materiales, la persecución penal habría sido imposible, altamente dificultosa o carente de resultados concretos y favorables. Así lo dejó establecido la comisión de Legislación y Justicia del Senado lo que se manifiesta también en haber considerado como modelo el Código Penal Austriaco del año 1974 que concibe como atenuante con un alto estándar de procedencia "cuando el autor mediante su declaración ha contribuido esencialmente al descubrimiento de la verdad".

Por otra parte, más allá de la claridad de la norma en cuanto exige que la colaboración haya sido sustancial, a la misma conclusión se llega si se considera el contexto histórico de la modificación de la atenuante del N° 9 del artículo 11 del Código Penal. En efecto, la misma se hizo a propósito de la adecuación de las normas contenidas en diversos cuerpos legales a las instituciones del nuevo proceso penal. Así, la norma antigua exigía para configurar la atenuante que no existiera en contra del procesado otro antecedente que su espontánea confesión,

lo que a luz de los principios que informan el nuevo sistema penal resultaba doblemente incongruente. En primer término porque suponía la confesión como medio de prueba. En segundo lugar, por cuanto se contraponía al principio de libertad probatoria en la medida que concebía la declaración del procesado como apta sólo para acreditar su participación y no el hecho punible.

De este modo, si bien se modificó la redacción para compatibilizarla con los principios indicados, debe necesariamente estimarse que la alta exigencia que planteaba la norma para atenuar la responsabilidad penal, esto es, que es el único medio para establecer la participación del procesado fuera su confesión espontánea, se mantienen requiriéndose hoy que la contribución del imputado sea determinante a la hora de la aclaración de los hechos.

Por último, el argumento esgrimido por la defensa de que sin la confesión del acusado la justicia se habría visto frustrada o retardada, cabe también rechazarlos, pues la orden de detención impartida contra el acusado, estaba respaldada por dos testimonios contundentes, como lo aseveró la Fiscalía, de modo tal que el tribunal no ve cómo pudo haberse frustrado o retardado una investigación de manera significativa.

DÉCIMO: Asimismo, la defensa invocó a favor de su representado la atenuante del artículo 11 n° 7 del Código Penal, por haber procurado reparar con celo el mal causado y que pretendió acreditar, con las consignaciones efectuadas en la cuenta corriente del Tribunal de Garantía de Rancagua: el día 27 de septiembre de 2004 por la suma de \$8.000; el 24 de noviembre por la suma de \$ 6.000; y el 11 de febrero por la cantidad de \$230.000.- documentos incorporados mediante su lectura por el señor defensor.

Para ello, además, incorporó mediante su lectura resumida, un documento confeccionado por la madre del acusado, Nancy Sandoval, en que expresa que hace beneficios consistentes en ventas de papas fritas, y empanadas de queso para costear los gastos de Carlos Loyola en la cárcel y pagar por daños y perjuicios. Tales actividades se realizan durante los campeonatos de Babyfútbol del club Villa el Bosque, y un certificado médico que da cuenta que la menor Danitza Loyola Osses sufre de microcefalia congénita, retraso del desarrollo psicomotor y desnutrición.

Por último, presentó el testimonio de la asistente social, Wara Ortiz Mella, quien en síntesis, hizo referencia a lo señalado en los documentos mencionados, precisando que el acusado, al momento de los hechos ya no vivía con su conviviente en la casa de sus padres, la había abandonado por un conflicto. Expresó que el acusado prefirió irse él, pues así, su hija podía ser atendida por su madre y por su abuela.

Agregó que el acusado está cesante, que su hija enferma le depara gastos, incluso, cuando trabajaba, solicitó un préstamo que aún no cancela. Dijo que son sus padres los que se han hecho cargo de la situación, la madre ha realizado beneficios para conseguir el dinero que se depositó a favor de la víctima, y el padre, que es el único con trabajo estable consiguió un préstamo para consignar la última suma que es considerable, atendida la situación económica de la familia.

No obstante los antecedentes invocados por la defensa, no se accede a la petición de la defensa de haber procurado reparar con celo el mal causado.

Lo anterior por cuanto, si bien la atenuante no exige una reparación total y efectiva del mal causado, requiere en cambio que la misma sea producto de un actuar celoso y con ello, en primer término, se está implícitamente exigiendo una contribución seria en orden a la reparación indicada o, al menos a su intento, lo que no resultó suficientemente acreditado del momento que el propio acusado señaló que parte del préstamo lo ocupó en otras necesidades, que si bien pueden resultar muy justificables, también es necesario recordar que fueron sus padres los que consiguieron el dinero, y más aún cuando la propia defensa reconoció que ante el exiguo monto de las dos primeras consignaciones les señaló que debían aportar una suma mayor para establecer la minorante.

Por otro lado, sobre el haber procurado efectivamente la reparación o resarcimiento, con dichas consignaciones, pudimos escuchar en la audiencia para evaluar su seriedad en un delito como el que nos ocupa -lesiones gravísimas-, al hermano de la víctima, quien refirió que la situación que debió enfrentar toda la familia los afectó económicamente, pues carecen de recursos, debiendo dejar de trabajar para acompañar a su madre en todos los trámites ante médicos y hospitales, lo que corroboró la

madre de Tatiana del Pilar Armijo, que aparte de lo anterior se refirió al inmenso dolor que le ocasiona la pérdida de la visión del ojo derecho por parte de su hija, expresando categóricamente, al igual que la propia víctima, que el daño es irreparable y esta última si bien perdonó al acusado, expresó que debía pagar por lo que hizo, manifestando de este modo su sufrimiento, antecedentes que hacen posible la explicación, de que, incluso, ante tanta necesidad económica se han negado a recibir el dinero consignado.

Asimismo, la consignación por \$230.000 efectuada casi cinco meses después del delito, y desde que fuera detenido, no se compadece con el carácter objetivamente exiguo y aparentemente tardío que exhibe, atendido a que la lesión sufrida por la ofendida, consistente en la pérdida de la visión del ojo derecho constituye un atentado de mayor entidad a uno de los más preciados bienes jurídicos que tutela nuestro ordenamiento jurídico, consistente en la protección de la integridad física, y que tal como lo dijo el propio defensor, la consecuencia de la acción dolosa del acusado es irreparable.

No empece al rechazo de la petición que los depósitos pudieran denotar un intento o procura de reparación del mal causado si tenemos presente que el acusado, como sostuvo la asistente social Wara Ortiz Mella, es parte de una familia humilde, con pocos ingresos que dependen de la actividad de auxiliar de colegio del padre del imputado, y trabajo de temporada de éste, pues ello no acredita el actuar celoso que exige la ley, entendiéndose por "celo" un impulso íntimo que promueve las buenas obras que se manifiesta por muestras externas de esmero o esfuerzo demostrativas de un ánimo que no se divisa, y que es eminentemente tardío.

En efecto, la referida atenuante supone de parte de quien la invoca una actitud diligente, esforzada o esmerada cuya finalidad es intentar enmendar, corregir o remediar el mal o daño proveniente del ilícito. La norma exige un interés extremado y activo para lograr la finalidad de reparación del mal causado, lo que no fue suficientemente probado, máxime cuando -como se ha dicho- tal intento de reparación, no se compadece con el carácter objetivamente exiguo en relación al delito cometido, y tardío de la consignación principal, que buscó una ventaja procesal de procurarse una minorante, cinco meses después del hecho.

UNDÉCIMO: Favorece al acusado una circunstancia atenuante de responsabilidad penal y no lo perjudican agravantes, por lo que este tribunal aplicará la pena en su minimum de acuerdo al inciso segundo del artículo 67 del Código Penal.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 11 n° 6, 14 n° 1, 15 n° 1, 21, 24, 25, 26, 28, 50, 67, y 397 N° 1 del Código Penal, 47, 295, 296, 297, 340, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

I.- Se condena a **CARLOS MANUEL LOYOLA SANDOVAL**, ya individualizado, a la pena de **CINCO AÑOS Y UN DÍA** de presidio mayor en su grado mínimo, a la accesoria de suspensión de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de lesiones graves, en su modalidad de gravísimas cometido en la persona de Tatiana del Pilar Armijo Camilo, el 17 de septiembre de 2004, en Rancagua.

II.- Atendida la duración de la pena corporal impuesta no se concede Carlos Loyola Sandoval, alguno de los beneficios contemplados en la ley 18.216.

La pena impuesta se le contará desde el día 7 de febrero de 2005, fecha desde la que permanece ininterrumpidamente privado de libertad y le servirán de abono los 120 días que permaneció preso, entre el 23 de septiembre de 2004 y 20 de enero de 2005, con ocasión de esta causa, según consta de los antecedentes remitidos por el Juzgado de Garantía de Rancagua.

En su oportunidad, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 113 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales y al artículo 468 del Código Procesal Penal, remítase fotocopia autorizada de esta sentencia, con certificado de encontrarse ejecutoriada al Juzgado de Garantía correspondiente.

Regístrese.

Redactada por el Juez Carlos Moreno Vega.

Rit **06-2.005**

PRONUNCIADA POR LOS JUECES, DON MARCOS KUSANOVIC ANTINOPAI, GUSTAVO VEGA BELMONTE Y CARLOS MORENO VEGA.

- **Declara que la inimputabilidad penal por incapacidad mental no dice relación con la inteligencia, sino con patologías que afectan la voluntad.**

Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de homicidio simple. La Defensa sostuvo que se trataba de un homicidio culposo, en el cual además intervinieron otras causas para el resultado de muerte totalmente ajenas a la actividad del acusado. También alegó que la imputabilidad de su representado se encontraba disminuida por presentar un retardo mental, así como la concurrencia de las atenuantes del artículo 11 N° 5 y 9 del Código Penal. El Tribunal rechazó el planteamiento de la Defensa, señalando que el ánimo de matar del imputado pudo ser establecido a partir de la zona del cuerpo agredida, la intensidad de la agresión, el número de lesiones y el elemento utilizado para provocarlas, acción que le provocó a la víctima un traumatismo encéfalo craneano que fue causa precisa y necesaria de la muerte, según se consignó en el protocolo de autopsia, ya que eran incompatibles con la vida, como lo aclaró el perito neurocirujano. En cuanto a la imputabilidad disminuida por un retraso mental, el Tribunal señaló que la inteligencia o coeficiente intelectual no tienen relación con el juzgamiento de la imputabilidad penal de un individuo, pues tal eximente dice relación con una voluntad afectada por alguna patología mental que impida un juicio de realidad y capacidad de enjuiciamiento, en términos de no comprender total o parcialmente la ilicitud de la acción ejecutada, cuestión que no fue acreditada por la Defensa. Finalmente, las atenuantes invocadas fueron rechazadas por no haberse acreditado la concurrencia de sus elementos.

Texto completo:

Valdivia, diecinueve de marzo de dos mil cinco.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el Ministerio Público, representado por el Fiscal don Juan Peña Urra, domiciliado en calle Ejército Libertador N° 1.400 de Río Bueno, dedujo acusación en contra de Pedro Segundo Huala González, cédula de identidad N° 14.617.237-7, pensionado, analfabeto, soltero, de 57 años, domiciliado en Filuco de Río Bueno, cuya defensa estuvo a cargo del abogado señor Juan Carlos Cavada Palma, domiciliado en Letelier N° 225, oficina N° 215 del Edificio Cayetano Letelier de La Unión, la que funda en los siguientes hechos:

Que el día 9 de marzo de 2004, en horas de la tarde, encontrándose don Rubén Nonquepán Nonquepán en el patio de la vivienda que el acusado Pedro Segundo Huala González tiene en el cementerio de la localidad de Filuco, comuna de Río Bueno, fue agredido por este último, quien lo golpeó en reiteradas oportunidades en la cabeza, ocasionándole heridas, contusiones, fractura de cráneo y le-

siones encefálicas asociadas, que le provocaron un traumatismo craneo encefálico que le originó la muerte.

Que los hechos así descritos, son calificados por Fiscalía, como el delito de homicidio simple, en grado consumado, previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, en la persona de Rubén Nonquepán Nonquepán, en el cual al acusado, le cabe participación en calidad de autor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal, por haber tomado parte de una manera directa en su ejecución.

Indica Fiscalía que concurre la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal y en consecuencia pide una pena de cinco años un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, más el pago de las costas de la causa.

Que en la audiencia de Juicio Oral, Fiscalía sostuvo su acusación, pidiendo se condenara al imputado como autor del delito descrito precedentemente, a la pena indicada.

SEGUNDO: Que la Defensa del acusado en su alegato de apertura y cierre sostuvo que en la especie se trata de un delito de homicidio culposo en el que participó su representado, tesis que sostiene al afirmar que luego de la agresión pudo haber ocurrido otro suceso que causó la muerte o coadyuvó a ella, como pudo ser una caída, o bien la falta de atención médica oportuna.

Por otro lado arguyó que la imputabilidad del acusado se encuentra disminuida, en razón de presentar un retardo mental.

Asimismo señaló que concurren las circunstancias atenuantes contempladas en los N° 1, 5, 6, y 9 del Código Penal, la primera de ellas en relación con el artículo 10 N° 4 del mismo cuerpo legal.

Por todo lo anterior, solicita se aplique una pena inferior a la requerida por el Ministerio Público y en consecuencia se le conceda alguno de los beneficios contemplados en la ley 18.216.

TERCERO: Que, a fin de acreditar los hechos en que funda su acusación, el Ministerio Público rindió prueba testimonial, pericial, documental, y otros medios, en mérito de las cuales el Tribunal, previa deliberación, por **unanimidad** de sus miembros, resolvió dictar sentencia **condenatoria** en contra del imputado Pedro Segundo Huala González como autor del delito de homicidio simple, en grado consumado en la persona de Rubén Nonquepán Nonquepán, quien falleció el 10 de marzo de 2004, en el Hospital de Valdivia, y que fuera agredido el 9 de marzo del mismo año, en la localidad de Filuco, Río Bueno, ilícito previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal.

CUARTO: Que la decisión de condena, se fundó en que Fiscalía logró acreditar los siguientes hechos:

Primer Hecho: Que el 9 de marzo de 2004, Rubén Nonquepán Nonquepán, fue agredido con elemento contundente por el acusado Huala González, conforme se probó con la declaración de Luis René Carrasco Carrasco, quien señaló que el 9 de marzo del citado año, se encontró con Pedro Huala González, que él estaba curado por lo que se fue a dormir. Posteriormente regresó a la casa de Huala González y vio desde la puerta de su casa que el acusado le aforró un palo en la cabeza a Rubén Nonquepán, señalándole luego, que lo hacía porque le estaba sacando unas cosas.

Que la agresión referida por Carrasco Carrasco, concuerda con los dichos de Zoila Ester Martínez Valenzuela y Demetrio René Rojas Valdés, quienes están contestes en señalar que el día referido, luego de recoger manzanas, pasaron por el domicilio de Huala González, a quien reconocen en la audiencia, percatándose que frente a la puerta del inmueble se encontraba botado Rubén Nonquepán quien tenía su ojo derecho inflamado, agregando el primero, que además tenía un corte en la cabeza. Que en esa oportunidad Huala González dijo que le pegó por ladrón. Ambos testigos, exhibida que le fuera la fotografía N° 2 incorporada por el Ministerio Público con la declaración de Patricia Benhe Haberlan, proyectada previamente en la audiencia, reconocen en ella a Rubén Nonquepán Nonquepán cuyo ojo derecho presenta un gran hematoma, y que es la lesión que vieron en la ocasión que refieren.

Que en perfecta coherencia con los testimonios referidos declaró Enrique Alan Ríos Olivares, quien señaló ser vecino de Huala González y Nonquepán Nonquepán, a quien en horas de la tarde del 9 de marzo de 2004, vio parado en la tranca de su domicilio por donde éste transita hacia su casa para acortar camino. Que en esa ocasión, debió abrirle la tranca para que pasara, ya que este último no pudo, advirtiendo en esa oportunidad, que Nonquepán Nonquepán, presentaba sangre seca, su ojo golpeado, caminaba lento y agachado, y no respondió cuando le preguntó qué le había pasado. Al día siguiente Huala a quien conoce de niño, le dijo que él le había pegado porque le estaba robando y que lo iba a matar.

Que son asimismo coincidentes los dichos de Sergio Ulises Nonquepán Matuz y María Alicia Ortiz Aceitón, quienes refirieron que Rubén Nonquepán Nonquepán, tío del primero, vivía con ellos en una dependencia separada, pero en la misma propiedad y que el día 9 de marzo de 2004, llegó lesionado, tenía su ojo derecho inflamado y no hablaba. Que se acostó, pero alrededor de las 04:00 horas sintieron quejidos por lo que lo trasladaron al Hospital de Río Bueno, desde donde fue derivado al Hospital de Valdivia. Al día siguiente, se encontraron con Huala González, quien reconoció haber agredido a Nonquepán Nonquepán. Ambos testigos, exhibida que le fuera la fotografía N° 2 incorporada al registro, reconocen en ella a Rubén Nonquepán Nonquepán, y que la lesión que presenta en el ojo

derecho, corresponde a la que vieron en él la noche del 9 de marzo de 2004. Además durante la audiencia reconocieron al imputado como la persona a quien refieren en su declaración como Pedro Huala González.

Que los testimonios precedentes guardan perfecta correlación con el relato del testigo de la Defensa Homero Nonquepán Huala, quien expone que a petición de Sergio Nonquepán Matuz, trasladó en su vehículo al tío de éste al Hospital de Río Bueno, advirtiéndole que presentaba un moretón en la cara.

Que todos los testimonios señalados, resultan corroborados con lo declarado por el perito Claudio Alfonso Eloiza Concha, médico cirujano, quien refirió que encontrándose de turno en el servicio de Urgencia del Hospital de Río Bueno, alrededor de las 06:10 horas del 10 de marzo de 2004, prestó atención médica a Rubén Nonquepán, quien ingresó en malas condiciones, en estado de coma, cuyo diagnóstico fue traumatismo encéfalo-craneano en evolución, contusión frontal y ocular y policontuso. Manifestó que debido a su estado de gravedad, fue derivado de inmediato al Hospital de Valdivia, pues se trataba de un paciente con riesgo vital.

Que el perito mencionado procedió en la audiencia, previa exhibición de la fotografía N° 2, incorporada por el Ministerio Público, a reconocer en ella a Rubén Nonquepán, persona a quien se refiere en su informe, como asimismo las lesiones que éste muestra en dicha imagen como aquella que advirtió en la víctima.

Del mismo modo declaró el perito Boris Antonio Flández Jadue, neurocirujano, quien refirió haber examinado y atendido a Rubén Nonquepán Nonquepán el día 10 de marzo de 2004 quien ingresó procedente del Hospital de Río Bueno en estado de suma gravedad, presentaba múltiples lesiones contuso cortantes en cara y cráneo, se encontraba inconsciente, con pérdida de reflejo, con daño a nivel del tronco cerebral. Se le diagnosticó una contusión hemorrágica cerebral múltiple, hematoma cerebral, hemorragia subaranoidea y gran fractura de cráneo, no siendo susceptible de tratamiento médico efectivo, por ser previsible su fallecimiento, lo que aconteció horas más tarde. Añade que se tomaron todas las medidas del caso, sin embargo su estado de gravedad era incompatible con la vida, siendo sus lesiones irreversibles.

Interrogado por la defensa precisó que la hemorragia intracraneana no es inmediata, lo que explica que la víctima pudo caminar luego de ser agredido, si no hubiere quedado inconsciente inmediatamente.

Segundo hecho: Que la agresión consistió en múltiples golpes inferidos en la zona del cráneo y cara conforme se acreditó con las declaraciones referidas en el número precedente, y que se tienen por reproducidas, particularmente con los informes médicos de los peritos Eloiza Concha y Flández Jadue, los que al examen de la víctima, constataron múltiples lesiones, concordantes todas ellas con lo consignado en el protocolo de autopsia N° 71-2004 evacuado por la médico legista del Servicio Médico Legal de Valdivia, señora Toro Zucco, incorporado al juicio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 331 letra b) del Código Procesal Penal, en el cual se consigna que estas consistieron en heridas y contusiones de cráneo, gran fractura de cráneo y lesiones encefálicas asociadas, atribuibles a terceros, vitales, necesariamente mortales, compatibles con la acción de elemento contundente, de tipo homicida.

Que las mismas lesiones se explican además con los testimonios del funcionario de la Policía de Investigaciones Alexis Anselmo Lara Hinostroza, y del funcionario de Carabineros Ramón Alberto Valerio Carrasco, quienes en sus respectivas calidades, refieren haber practicado diversas diligencias de investigación, entre otras tomar declaración al imputado y presenciar aquella que éste prestó ante Fiscalía, ocasión en que refirió haber agredido a la víctima con cabezazos por haberle sustraído víveres, el segundo agrega que el acusado dijo haberlo agredido con los puños. Declaraciones que son compatibles además con la lesión frontal constatada en el imputado el día 12 de marzo de 2004 por el perito médico Lucio Marcelo Pontigo Catalán, quien señaló en estrados que en tal oportunidad y al examinar a Pedro Huala González, éste presentaba aumento de volumen en la región frontal derecha, enrojecimiento y dolor, lesión de carácter reciente, con una evolución de tres o cinco días, reconociendo en la audiencia al imputado como la persona a quien se refiere en su declaración.

Tercer Hecho: Que a consecuencia de tales golpes, la víctima falleció en el Hospital de Valdivia, el día 10 de marzo de 2004, siendo la causa precisa

y necesaria de muerte, traumatismo encéfalo craneano, con una sobrevida de 10 horas, 8 minutos, conforme se probó, con el protocolo de autopsia N° 71-2004, suscrito por la médico legista del Servicio Médico Legal de Valdivia, señora Toro Zucco, en el cual se consigna que practicada autopsia médico legal al cuerpo de Rubén Nonquepán Nonquepán, se determinó como causa de su muerte **traumatismo cráneo-encefálico**. Concluye además que las alteraciones encontradas son recientes, vitales, necesariamente mortales, compatibles con acción de elemento contundente, atribuibles a terceros, de tipo homicida, no compatibles con una caída, con una sobrevida de 10 horas y 8 minutos, y que ninguna medida terapéutica habría sido oportuna y eficaz para evitar su muerte.

Que el informe y sus conclusiones son absolutamente concordantes con la dinámica de los hechos que se han descrito y probado con los testimonios contestes y fundados de los testigos que se han analizado precedentemente, como asimismo, con las lesiones constatadas por los peritos médicos Eloiza Concha y Flández Jadue, quienes prestaron atención de su especialidad en los servicios de Urgencia del Hospital de Río Bueno y Valdivia respectivamente el día 10 de marzo de 2004, lo que permite atribuirles pleno valor en cuanto a establecer la causa precisa e inmediata de la muerte de Rubén Nonquepán Nonquepán.

Que los mismos antecedentes y el certificado de defunción de Rubén Nonquepán Nonquepán, emitido por el Servicio de Registro Civil, incorporado previa lectura, acredita el lugar, hora y fecha del fallecimiento del mencionado, esto es, 10 de marzo de 2004, a las 18:20 horas en el Hospital de Valdivia.

QUINTO: Que los testigos señalados, cuyos testimonios han permitido acreditar los hechos asentados precedentemente, han depuesto en presencia del Tribunal, dando razón de sus dichos y explicando de manera lógica, coherente y razonada cómo tomaron conocimiento de los mismos, sin que sus declaraciones se encuentren desvirtuadas por prueba en contrario, siendo además concordantes unas y otras, y verosímiles en cuanto explican razonablemente la forma como estos acaecieron, por todo lo cual se les dará pleno valor.

Que asimismo, los señalados testimonios aparecen refrendados por las declaraciones de los

peritos que depusieron en la audiencia quienes dando razón de la ciencia que profesan, explicaron las diligencias practicadas y las conclusiones arribadas, las que por no contradecirse entre ellas, ser coherentes con los demás antecedentes de cargo, ser lógicas y racionales, desde que explican la causa de muerte y la forma como ésta se produjo, permiten acreditar los hechos a que se refieren, conforme se asentó en el motivo precedente.

Que del mismo modo la prueba fotográfica, correspondiente a la N° 2, incorporada mediante proyección y exhibición en la audiencia, consistente en la imagen del rostro lesionado de la víctima, fue reconocida y explicada en cuanto a su contenido por los testigos y peritos que depusieron en estrados, y atendida la debida correlación de todas ellas, permiten darle pleno valor de prueba en cuanto coadyuvó en la Ilustración del Tribunal respecto de las lesiones observadas en el rostro de aquel, como asimismo en el establecimiento de los hechos de la causa, de la manera que se ha razonado precedentemente.

SEXTO: Que la participación del imputado en los hechos asentados en el motivo cuarto, en calidad de autor, se acredita con los dichos de Luis René Carrasco Carrasco, quien refirió encontrarse presente cuando el acusado golpeó con un palo en la cabeza a Nonquepán Nonquepán. Que tal circunstancia se demuestra, además, con los dichos de Alexis Lara Hinostroza y Ramón Valerio Carrasco, quienes en calidad de funcionarios de la Policía de Investigaciones y Carabineros respectivamente y con ocasión de las diligencias de investigación que les fueron encomendadas, tomaron declaración al imputado y presenciaron la que prestó ante el Fiscal del Ministerio Público, ocasiones en que éste reconoció haber agredido a Nonquepán Nonquepán al ser interrogado por ellos y luego por Fiscalía. En el mismo sentido se manifestaron Enrique Alan Ríos Olivares y Sergio Nonquepán Matuz, en cuanto el día siguiente a la agresión, ambos, en distintas oportunidades, se encontraron con Pedro Huala quien les dijo que él, le pegó a Pedro Nonquepán. En el mismo sentido depusieron Demetrio René Rojas Valdés y Zoila Ester Martínez Valenzuela, quienes vieron a la víctima herido afuera de la casa del acusado, quien refirió en esa misma oportunidad haberlo agredido.

Que las referidas declaraciones, que guardan perfecta relación con la lesión frontal constatada el 12 de marzo de 2004 en la persona del acusado por el perito médico Lucio Pontigo Catalán, son verosímiles, desde que los deponentes dan razón de sus dichos, no se encuentran desvirtuados por otra prueba en contrario, y permiten reconstruir una secuencia coherente y lógica de los acontecimientos en orden a establecer la intervención directa e inmediata del acusado en los hechos asentados en el motivo **cuarto**, esto es como autor de los mismos.

SÉPTIMO: Que los hechos probados y en los cuales participó Pedro Segundo Huala González, como autor son constitutivos del delito de homicidio en grado consumado de Rubén Nonquepán Nonquepán, cuya muerte acaeció el 10 de marzo de 2004 en el Hospital de Valdivia, producto de la agresión inferida por el imputado el 9 del mismo mes y año en el sector Filuco de Río Bueno, ilícito previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal, desde que el imputado, por hechos directos, dio muerte a Rubén Nonquepán Nonquepán, siendo su acción típica, antijurídica y culpable.

OCTAVO: Que la Defensa, pidió en primer término se modifique la calificación jurídica del hecho punible, en cuanto sostiene que en la especie se está en presencia de un delito culposo, desde que, la muerte de la víctima se produjo como consecuencia de la tardía atención médica o bien, por la ocurrencia de algún suceso posterior a la agresión, como pudo ser una caída.

Que la solicitud precedente, será desestimada, desde que los antecedentes que le sirven de fundamento, dicen relación con circunstancias sobreninientes, posteriores a la acción y que no están vinculadas con el elemento subjetivo o intención del sujeto activo al realizar la conducta lesiva y por lo tanto, no pueden servir para establecer la existencia de tal elemento, por el contrario, ha quedado fehacientemente establecido, el carácter doloso de la acción, evidenciada fundamentalmente por la naturaleza de la agresión, entidad de la misma y zona corporal afectada con ella, lo que en definitiva determinó en forma directa y en relación de causalidad, el resultado de muerte producido.

En efecto, las circunstancias anotadas han quedado demostrada especialmente con el testimonio de René Carrasco Carrasco, quien refirió haber

visto a Huala González golpear con un palo en la cabeza a Nonquepán Nonquepán, agresión de tal entidad, que causó un traumatismo encéfalo-craneano, que fue causa precisa y necesaria de la muerte, como se consigna en el protocolo de autopsia N° 71-2004, ya referido, siendo tales lesiones incompatibles con la vida, como lo dejó claramente asentado el perito neurocirujano Flández Jadue, quien examinó y prestó atención médica a la víctima, apareciendo ésta como oportuna y adecuada al estado del paciente.

Que por otro lado, la lesiones inferidas, focalizadas todas ellas en la zona del cráneo, evidencian claramente la intención de dar muerte a Rubén Nonquepán Nonquepán, desde que afectaron una región corporal vital, de tal manera que, atendida tal circunstancia, el acusado no pudo menos que representarse el resultado muerte, por lo que es del todo ajeno a los hechos, y a la intención del agente, pretender que su conducta estuvo sólo dirigida a lesionar.

Que a mayor abundamiento debe quedar asentado, que ninguna prueba de las rendidas en estrados permite inferir y menos establecer de manera directa que el resultado muerte, fue producto de un acontecimiento posterior y distinto de la agresión del acusado, y que en forma directa o indirecta la hubiere producido o contribuido a causarla, descartándose que las lesiones en cuestión, fueran producto de una caída, como se consigna expresamente en el protocolo de autopsia N° 71-2004, hecho que es además descartado por los peritos Flández Jadue y Eloiza Concha, ambos que en su calidad de médicos, prestaron atención de la especialidad a la víctima.

NOVENO: Que asimismo, fue invocada favor del acusado la eximente incompleta del artículo 11 N° 1 en relación con el artículo 10 N° 1, ambas normas del Código Penal, en orden se considere que su imputabilidad se encuentra disminuida por presentar un cuadro de retraso mental, petición que será desestimada desde que no se logró acreditar que efectivamente el imputado se encuentre en tal situación.

En efecto ha de tenerse en consideración que no se logró probar que efectivamente el juicio de realidad y capacidad de enjuiciamiento del acusado estuviere alterado a la época en que ocurrieron los hechos, en términos que éste no compren-

diera total o parcialmente la ilicitud de su acción, entendiéndose que toda acción es por regla general voluntaria y susceptible de reprochable penal.

Para ello ha de tenerse en consideración que la Defensa condujo a estrados a la Psicóloga señora Andrea Tatiana Cárdenas Conde quien señaló que sometido el imputado al test de inteligencia W.A.I.S y ulterior aplicación de la tabla de medición sugerida por el autor, logró concluir que el imputado presenta retraso mental moderado, y por ende es inimputable. Precisa asimismo que la sola entrevista clínica no permite establecer la existencia de un retraso mental por cuanto no se cuenta con los elementos técnicos para ello.

Que, tal conclusión no permite desvirtuar los informes periciales del Médico Psiquiatra del Servicio Médico Legal, Doctor Mauricio Jéldres Vargas, quien previa entrevista clínica fenomenológica, concluyó que el acusado no presenta patologías psiquiátricas que perturben su voluntad o juicio, los que se encuentran conservados. Que si bien su coeficiente intelectual, es limitrofe, ello no lo hace inimputable, desde que si bien presenta limitaciones en el área verbal, tiene capacidad de adaptación social, laboral y afectiva. Es autovalente, sin desajustes, y opera dentro de parámetros aceptables.

Que tampoco hace desmerecer el informe de la perito Psicóloga Forense del Servicio Médico Legal, Alexandra Andrea Aranda Martínez, quien explicó que el imputado fue sometido al test de inteligencia W.A.I.S., aplicando la tabla de CIE-10, reconocida por la Organización Mundial de la Salud, de lo cual concluyó que el examinado presenta un potencial intelectual limitrofe, resultado que se explicaría por déficit auditivo y visual del mismo. Que no obstante lo anterior, no presenta retraso mental.

Que conforme lo planteado, y no obstante la evidente contradicción en los resultados de los informes psicológicos a que arribaron las mencionadas peritos, quienes si bien aplicaron un mismo test, con una diferencia de dos meses, efectuaron mediciones con diferentes tablas, no fueron aportados mejores elementos de juicio que permitieran a la defensa acreditar su alegación en cuanto a la imputabilidad disminuida del acusado o su ausencia.

Que deberá tenerse en consideración además que los peritos forenses presentados por Fiscalía, no fueron desacreditados en cuanto a su credibilidad, o sus conocimientos en relación con la

ciencia sobre que versan sus respectivos informes, los que aparecen como coherentes y fundados, y guardan relación con la apreciación del Tribunal que pudo interactuar con el imputado, quien comprendió el objeto del juicio y los alcances del mismo.

Que por lo razonado, no se hará lugar a lo pedido por la defensa por este capítulo, más aún cuando tampoco se probó que el acusado padeciera alguna patología asociada a la ingesta de alcohol, que afectara su voluntad, o la existencia de algún daño orgánico cerebral que produjera la misma consecuencia.

DÉCIMO: Que la atenuante del artículo 11 N° 1 en relación con el artículo 10 N° 4, ambas normas del Código Penal, se rechazará por cuanto, no se acreditó que en la ocasión en que aconteció la agresión, la víctima hubiere sustraído especies de propiedad del acusado, pues si bien los testigos Luis René Carrasco Carrasco, Zoila Martínez Valenzuela, Enrique Alan Ríos Olivares, Demetrio Rojas Valdés, Ramón Valerio Carrasco, y Alexis Lara Hinostrero, señalaron que el motivo de la agresión, fue la sustracción de víveres por parte de Rubén Nonquepán Nonquepán, tal antecedente proviene sólo de los dichos del imputado, de quien tomaron conocimiento los mencionados testigos, sin que exista otro elemento de juicio que avale tal afirmación, por lo que el elemento básico de la circunstancia invocada, esto es, la agresión ilegítima, no se encuentra probado.

UNDÉCIMO: Que las atenuantes del artículo 11 N° 5 y 9 del Código Penal, serán rechazadas, por cuanto no se probó la existencia o concurrencia de algún hecho externo emanado de la víctima que provocara o determinara la conducta del acusado; como tampoco que éste hubiere colaborado sustancialmente con el esclarecimiento del hecho punible, particularmente si se tiene en consideración la prueba rendida por Fiscalía, y conforme la cual, se estableció el cuerpo del delito y participación, con prescindencia de los antecedentes que pudiere haber aportado el imputado en alguna etapa del juicio.

DUODÉCIMO: Que favorece al imputado la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, desde que los intervinientes han convenido, conforme se consigna en el auto de apertura de 15 de febrero de 2005, convención probatoria N° 1, que el acusado no registra anotaciones en su extracto de filiación y antecedentes, lo que permite a estos Jue-

ces concluir que su vida pasada se encuentra exenta de reproche, lo que en todo caso es insuficiente para calificar la atenuante en estudio, desde que no se probó la concurrencia de conductas o características relevantes y destacadas más allá de lo que corresponde a toda persona en su vida de relación que justifiquen proceder de la manera invocada.

DECIMOTERCERO: Que concurriendo una circunstancia atenuante, sin agravantes de responsabilidad que considerar, la pena asignada al delito no podrá ser impuesta en su grado máximo por disposición del artículo 68 del Código Penal.

DECIMOCUARTO: Que se desestimaré la prueba documental de Fiscalía individualizada en los N°s 3, 4, 5 y 9 del Auto de Apertura de 15 de febrero de 2005, consistentes en Informe de Lesiones N° 139 de 10 de marzo de 2004, certificado de atención de urgencia N° 5633 de 12 de marzo de 2004, Informe de lesiones 143 de 12 de marzo de 2004, Informe Psicológico N° 33 de 08 de noviembre de 2004, desde que no fueron incorporados al juicio en la forma prevista en la ley, acorde con lo dispuesto en el artículo 295 y en relación con artículo 333, ambas normas del Código Procesal Penal. Rechazándose además los documentos consistentes en informes periciales, por cuanto el informe pericial en Juicio Oral lo constituye la declaración del perito conforme lo preceptuado en el artículo 329 del citado cuerpo legal.

Por las mismas razones se desestimaré la prueba documental de la defensa individualizada bajo los N° 1 y 2 del Auto de Apertura de 15 de febrero de 2005, consistentes en Informe Psicológico e Informe Social del Imputado Pedro Huala González.

En cuanto al ordinario N° 66-2004, ha de tenerse presente que en cuanto informe pericial declaró en estrados su autor, doctor Boris Flández Jadue, por lo que se estará en cuanto a su ponderación al testimonio de éste último, atento lo dispuesto en el artículo 329 del Código Procesal Penal.

DECIMOQUINTO: Que asimismo, se desestimaré la prueba de Fiscalía individualizada bajo el N° 1, otros Medios de Prueba, del Auto de Apertura referido, desde que las 9 fotografías que la constituyen si bien fueron explicadas y reconocidas por el perito fotógrafo Señor Vásquez Obrador, quien refirió que en su calidad de tal intervino en la diligencia de reconstitución de escena llevada a efecto por Fiscalía con ocasión de los hechos materia de esta

causa, resulta improcedente, incorporar al juicio registro de actuaciones policiales o del Ministerio Público atento lo dispone el artículo 334 del Código Procesal Penal, categoría en que se inserta la prueba en estudio.

Que igualmente se desestimaré la declaración del mencionado perito desde que no aparece que este hubiere llevado a efecto una pericia propiamente tal, sino más bien una fijación fotográfica de la diligencia que refirió, más aún cuando los testimonios que se verificaron in situ en esa ocasión fueron expuestos directamente al Tribunal por los que intervinieron en ella en cuanto testigos de los hechos, los que han sido valorados en los motivos precedentes de este fallo.

Por las mismas razones se les restará valor a siete fotografías incorporadas por el Ministerio Público, seis de las cuales proyectó en la audiencia, y que corresponden a las individualizadas bajo la letra b) del punto Otros Medios de Prueba del Auto de Apertura, además que las mismas no aportan antecedentes de juicio en orden a establecer los hechos de la causa.

En cuanto a las 24 fotografías incorporadas por el Ministerio Público, con la declaración de la testigo señora Patricia Benhe Haberland, médico legista de Valdivia, Jefe de dicho Servicio, individualizadas bajo la letra d) del Auto de Apertura, Otros Medios de Prueba, serán desestimadas, salvo la N° 2, por cuanto si bien la deponente refirió haberlas tenido bajo su custodia y que ellas corresponden a la autopsia de Rubén Nonquepán Nonquepán, éstas no fueron explicadas en cuanto a su contenido por su autor, como tampoco se determinó quién las fijó, y por lo demás no fueron proyectadas en la audiencia en los términos del artículo 333 del Código procesal Penal.

En cuanto a la fotografía N° 2, se debe hacer presente que ésta fue valorada junto a los testimonios prestados en estrados que ya fueron analizados y ponderados en los motivos precedentes.

DECIMOSEXTO: Que la declaración del perito Pedro Antonio Fritz Cárdenas, quien en su calidad de asistente social, practicó informe de la especialidad al acusado, del cual concluyó que éste cuenta con redes sociales de apoyo, no aporta elementos que permitan establecer la existencia del ilícito o de la participación, siendo en tal sentido irrelevante.

En consecuencia, en mérito de lo razonado y de conformidad con lo preceptuado en los artículos 1, 7, 10 N° 1 y 4; 11 N° 1, 5, 6 y 9; artículos 14, 15 N° 1, 18, 21, 24, 28, 50, 68, 391 N° 2 del Código Penal; 45, 49, 295, 296, 297, 325 y siguientes, 340, 341, 342, 343, 344, 348 del Código Procesal Penal, Ley 18.216, se **resuelve**:

- 1.- Que se **condena a don Pedro Segundo Huala González**, cédula de identidad N° 14.617.237-7, ya individualizado, a la pena de **CINCO AÑOS y UN DÍA** de presidio mayor en su grado mínimo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como **autor** del delito de **homicidio** en grado consumado de Rubén Nonquepán Nonquepán, cuya muerte acaeció el 10 de marzo de 2004 en el Hospital de Valdivia, producto de la agresión inferida el 9 del mismo mes y año en el sector Filuco de Río Bueno, ilícito previsto y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal.
- 2.- Que la pena se contará desde el 19 de marzo de 2004, fecha desde la cual el imputado ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad como consta del Auto de Apertura que dio lugar al presente juicio.
- 3.- Que el sentenciado deberá pagar las costas del juicio.
- 4.- Que atendida la extensión de la pena, no se concede beneficios alternativos para su cumplimiento acorde con lo dispuesto en la ley 18.216, cuyos requisitos no se cumplen en la especie.

Se previene, que la Magistrado María Soledad Piñeiro Fuenzalida concurre al fallo, señalando que resta valor probatorio a los dichos de oídas de los testigos señores Lara Hinostroza y Valerio Carrasco en cuanto dicen relación con las declaraciones efectuadas por el acusado en el contexto de una investigación policial, dirigida por Fiscalía, sin que se haya acreditado que éstas se prestaron con el máximo de resguardo de garantías, incluyendo la presencia de su abogado defensor, máxime cuando el acusado hizo uso, en la audiencia, de su derecho a guardar silencio.

Devuélvase a los intervinientes, los documentos y fotografías incorporadas al juicio.

Comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Río Bueno para el debido cumplimiento del fallo, conforme lo dispuesto en el artículo 467 y siguientes del Código Procesal Penal.

Cúmplase lo preceptuado en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Redacción del Juez Titular don Samuel Muñoz Weisz y la prevención por su autora.

Regístrese y Archívese.

RIT N° 5-2005

RUC N° 0400089945-9

Dictada por la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, presidida por Doña Cecilia Margarita Samur Cornejo, e integrada por los jueces titulares Doña María Soledad Piñeiro Fuenzalida y don Samuel David Muñoz Weisz.

- **Respecto a la alegación de concurrir la agravante del artículo 12 N° 12 del Código Penal en el delito de robo con violación, el Tribunal declara que corresponde aplicar la agravante especial del artículo 456 bis N° 1 del mismo código por ser este delito un atentado contra la propiedad en que, dada la mayor peligrosidad demostrada, el legislador sanciona con una penalidad propia.**

Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de robo con violación, alegando la concurrencia de las agravantes del artículo 12 N° 12 y 16 del Código Penal. La Defensa solicitó la absolución alegando falencias, tanto en la forma como en el fondo, en las pruebas de cargo. En subsidio solicitó el rechazo de las agravantes invocadas por el acusador, señalando, respecto de la primera, que la ley exigiría que la nocturnidad o despoblado hayan sido buscados deliberadamente por el hechor, lo que no se verificó en este caso, pues su representado vivía en el lugar, y respecto de la segunda, porque no existiría coincidencia entre los bienes jurídicos protegidos, pues sus condenas anteriores dicen relación sólo con la propiedad. El Tribunal estimó suficientes las pruebas presentadas y tuvo por acreditadas tanto la ocurrencia del ilícito como la participación del acusado, rechazando las alegaciones de la Defensa. En cuanto a las agravantes invocadas, estimó que no concurría la del artículo 12 N° 16 del Código Penal, por cuanto son delitos de la misma especie aquellos que afectan a los mismos bienes jurídicos, lo que no ocurrió en este caso, pues el delito juzgado vulnera la propiedad, la seguridad personal y la libertad sexual, no concurriendo la correspondencia de afectación. En cuanto a la agravante del artículo 12 N° 12, estimó que efectivamente el delito se ejecutó en un sitio falto de vigilancia policial, oscuro, solitario y apartado, circunstancias buscadas por el autor, quien condujera a las víctimas hacia un lugar con dichas características con el objeto de violar reiteradamente a la mujer. Sin embargo, el Tribunal estimó que estos hechos correspondían a la agravante del artículo 456 bis N°1 del Código Penal, porque el delito de robo con violación es un delito contra la propiedad, donde el propósito es cometer un robo, pero con motivo u ocasión de éste se comete otro delito distinto, hechos a los que, por la mayor peligrosidad demostrada, el legislador prefirió determinar directamente una penalidad propia, en vez de aplicar las normas generales.

Texto completo:

Iquique, veintidós de abril de dos mil cinco.

VISTOS LOS ANTECEDENTES DEL JUICIO ORAL:

PRIMERO: Que el dieciocho de abril en curso, ante la sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, integrada por el juez presidente, don Eduardo Camus Mesa y las Jueces Sras. María Raquel Ross Maldonado y Juana Rosa Ríos Meza, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral de la causa rol interno N° 48-2005, seguida en contra de **JUAN CARLOS CARRASCO ACEVEDO**, chileno, natural de Iquique, nacido el 19 de agosto de 1982, 22 años de edad, soltero, jornalero, cédula nacional de iden-

tidad N° 15.004.391-3, domiciliado en Cerro Dragón 2901 de esta ciudad, actualmente recluso en el Centro de Cumplimiento Penitenciario local.

Fue parte acusadora el Ministerio Público, representado por el fiscal adjunto don Enrique Rodríguez Casanova.

La defensa estuvo a cargo de las abogadas Sras. Victoria Márquez King y Marcela Wachtendorf Valencia, de la Defensoría Penal Pública.

SEGUNDO: Que los hechos materia de la acusación, según el auto de apertura del juicio, son: que cerca de la una de la madrugada del día 20 de julio de 2004, en el sector del Marinero Desconocido, ubicado al norte de esta ciudad, el acusado, portando un arma blanca y fingiendo tener una de

fuego, intimidó a una pareja de jóvenes que se encontraban en el interior de un vehículo estacionado, exigiéndoles especies de valor y que les abriera la puerta del móvil, lo que las víctimas hicieron atemorizadas por la violencia y corpulencia del sujeto, entregándole dinero, una gargantilla y un anillo de oro, y a continuación, el referido amarró al varón de las muñecas y tobillos con el cinturón y cordones de éste, dejándolo inmovilizado en el asiento posterior del vehículo, para luego conducir el móvil hasta un lugar ubicado a unos doscientos metros del monolito del Marinero Desconocido, lugar en que bajo amenaza de agresión con arma blanca y bofetadas, procedió a penetrar vaginal, anal y oralmente a la víctima de sexo femenino, para luego conducir el vehículo con los afectados por distintas arterias de la ciudad, y antes de bajar del móvil sustrajo, además, unos discos compactos, unos lentes y un teléfono celular, dándose a la fuga luego de dejar a los afectados en un lugar próximo a su propio domicilio, los que concurren por sus propios medios hasta el hospital.

A juicio de la fiscalía los hechos referidos constituyen un delito de robo con violación en grado de consumado sancionado en el numeral 1° del artículo 433 del Código Penal, ilícito en que el acusado actuó como autor directo en los términos de su artículo 15 N° 1, no concurriendo su respecto, según expone, minorantes de responsabilidad, y afectándole las agravantes 12ª y 16ª del artículo 12 del mismo código, por lo que solicita aplicarle una pena de 20 años de presidio mayor en su grado máximo, con las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida del acusado, y la de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el máximo que establece el artículo 27 del cuerpo legal citado, y condenarlo al pago de las costas.

TERCERO: Que en su alegato de apertura, el fiscal ratificó los términos de su acusación. En la misma oportunidad, la defensa expuso que el Ministerio Público no podrá superar el estándar probatorio para acreditar la participación de su representado, sin perjuicio de efectuar, oportunamente, las alegaciones que correspondan respecto de circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal.

CUARTO: Que advertido sobre su derecho a guardar silencio, el acusado se acogió a él.

QUINTO: Que para demostrar los supuestos fácticos de su acusación, el Ministerio Público rindió la siguiente prueba testimonial:

1.- Los dichos de K.C.D., quien refirió que el 20 de julio de 2004, cerca de las once y media de la noche, su pololo Rodrigo la pasó a buscar a la Universidad en su vehículo, pasando en el trayecto a comprar preservativos a una farmacia, y luego se dirigieron al Marinero Desconocido, lugar al que llegaron entre las 0:30 y 1:00 de la madrugada, viendo que también había otro auto que se fue al poco rato, y cuando estaban "pinchando" en el asiento del copiloto, ella en ropa interior y polera, y su compañero en ropa interior, sintieron un golpe en la ventana del conductor, ante lo cual, su novio se asustó y volvió a su asiento, viendo que un sujeto les exigía abrir la puerta que tenían cerrada con seguro, optando su compañero por echar a andar el motor, lo que ella impidió, porque el hombre seguía golpeando el vidrio y gritaba que si no le abrían, les daría "un tunazo", lo que interpretó como disparo, pues el sujeto los apuntaba e hizo ademán de tener una pistola. Agregó, que Rodrigo abrió la puerta y entregó al hombre una cadena de oro con una cruz y un anillo del mismo metal con una perla blanca que ella le había regalado, diciéndole que lo llevaría donde pidiese, pero que no les hiciera daño. Agregó, que el hombre les dijo que irían a dar una vuelta, procediendo a amarrar los pies y manos de Rodrigo con su propia correa y cordones, tirándolo hacia el asiento posterior, subiendo él al asiento del conductor, conduciendo hacia el Marinero Desconocido, momento en que le pidieron los llevara a la ciudad, diciéndoles que no, pues él iba manejando, encontrando un auto en el camino, lo que lo asustó y bajó las luces, y después empezó a maniobrar de forma peligrosa hacia adelante y atrás, señalándole a continuación: "si no querís que les pase algo, tenís que portarte bien flaca", ante lo cual Rodrigo protestó, pero el hombre le dio un manazo, y dijo: "voy a metértelo", tirándola de la chaqueta para acercarla a él exigiéndole que se desvistiera, mientras él empezaba a desnudarse, debiendo obedecer porque el individuo la golpeó con una mano, exigiéndole que le entregara un anillo de plata con una piedra. Dijo, que pidió al sujeto que usara un preservativo, y este la tomó y la tiró hacia su lado empezando a besarla en el cuello, ante lo cual ella se tiró hacia atrás, pero la arrastró al asiento de él y la montó penetrándola por la vagina, y mientras esto

pasaba, ella se fijó bien en ciertos detalles para recordarlos, como un tatuaje en la pierna, una verruga en la espalda, una cicatriz. Agregó, que para que el sujeto no siguiera, le dijo que quería orinar, momento en que la tiró al asiento del copiloto, se bajó él, se sacó el preservativo, orinó y la dejó bajar, luego el hombre se puso de nuevo el preservativo y le dijo, "ahora mirando hacia el mar", a lo que ella se negó, porque cuando niña había tenido un accidente, pero su agresor le dijo que no le estaba pidiendo un favor y la puso mirando al mar, empezando a penetrarla por el ano, y por el gran dolor que experimentaba, empezó a morder el volante, y para que parara, nuevamente le dijo que necesitaba orinar. Señaló, que el sujeto bajó del móvil sacándose el preservativo que botó, y luego la dejó bajar, y al retornar, el hombre se puso sobre ella en el asiento del copiloto, y la empezó a besar, lo que le provocó gran asco y náuseas, porque el sujeto estaba sucio y hediondo, y como éste se dio cuenta, le dijo, "chúpamelo un rato", tirándola y golpeándola, empezando a moverse, ante lo cual le dijo que la dejara bajar a orinar, señalando su agresor que era "meona". Afirmó, que a continuación el individuo volvió a penetrarla por la vagina, esta vez sin preservativo, sintiendo que se desvanecía porque estaba muy agotada, percibiendo que el hombre la penetraba nuevamente por el ano, y como ella no reaccionaba, no se quejaba, el hombre se empezó a cansar, le pegó unos manazos exigiéndole sexo oral de nuevo, pero como ya no tenía fuerzas, la corrió al asiento del copiloto, momento en que pensó que la mataría junto a su compañero, pero salió de allí manejando el vehículo dirigiéndose a la ciudad, buscando en el trayecto otras especies para sustraer encontrando \$200, unos discos compactos, su teléfono celular y cigarrillos, y después empezó a limpiar la palanca de frenos y el comando con una polera de ella, y al llegar cerca del cuartel policial de Pedro Prado, los abandonó, dejando tiradas las llaves, ante lo cual ella desató a Rodrigo, quien salió a recogerlas y se fue conduciendo hasta la comisaría donde un carabnero llamó al hospital, lugar donde fue atendida por un médico, a quien relató lo sucedido y dio la descripción del sujeto, llegando el fiscal, ante quien hicieron la denuncia y efectuaron el reconocimiento del lugar donde habían ocurrido los hechos.

Aclaró, a requerimiento del fiscal, que los hechos expuestos sucedieron entre la una y tres y media de la madrugada, aproximadamente, pues lle-

gó al hospital cerca de las cuatro; que sólo pudo ver que el arma que usaba el sujeto era un cuchillo tipo cocinero cuando éste la tiró hacia su lado y lo dejó junto a su ropa, percatándose que era de color negro y algo chueco, el que intentó tomar, pero el hombre le tiró las manos hacia atrás; que el sujeto era alto, de pelo ondulado largo, ojos celestes, sucio, barbudo, maloliente, peludo, con una verruga en la espalda, de lo que se dio cuenta, porque lo vio con la luz de la luna; que cuando su compañero intentó ayudarla, el sujeto le tiró la mochila y la chaqueta sobre la cara.

Se exhibió a la testigo las evidencias materiales signadas 4, 5, 6, 8 y 11 incorporadas, reconociendo un anillo de metal con perla negra, un anillo con perla blanca, una cadena con crucifijo, un teléfono celular marca Motorola con un sticker de un tigre de caricatura en su parte posterior. Reconoció también las evidencias signadas 2, 3 y 7: un par de bototos de hombre, expresando que le parece son los que el hombre calzaba, los que se sacó al desnudarse, el cuchillo usado por el hechor y que con su compañero pensaron que era pistola, y la camisa oscura que llevaba puesta el sujeto.

Reconoció en la audiencia al imputado como el sujeto que los amenazó, sustrajo especies y la violó, afirmando que al momento de los hechos su apariencia era distinta.

Contrainterrogada por la defensa, señaló que al expresar que con su compañero "estaban pinchando" quiso decir, que estaban besándose, ella vistiendo polera manga corta y otra manga larga, cuadros y calcetines, y su amigo una polera, calzoncillo y calcetines.

A requerimiento del tribunal señaló que no tiene problemas de visión y que al momento de los hechos no era virgen, pues mantenía relaciones sexuales con su pololo desde hacía un tiempo.

2.- La declaración de Rodrigo Miranda Torrejón, quien coincidió con K. en lo sustancial del relato, en cuanto a las circunstancias de personas, lugar, tiempo y especies sustraídas, señalando que luego que entregó al sujeto su gargantilla con crucifijo, al creer que el arma que blandía era una pistola, y una vez que aquél lo atara de pies y manos con su propio cinturón y cordones, lo tiró a la parte posterior de la cabina, dejándolo en posición fetal, tapándole el rostro con una mochila y otra prenda, ordenando a su compañera que se desvistiera, di-

ciéndole que debía portarse bien para que nada les ocurriera, a lo que la joven se negó y empezó a llorar, sintiendo que el hombre la golpeaba, ante lo cual K. obedeció y empezó a desvestirse, momento en que el hombre la pasó a su asiento, donde la violó como quiso, escuchando después que le exigía sexo oral, a lo que aquélla se negó, lo que motivó que el sujeto nuevamente la golpeará, sintiendo que su compañera lloraba y se quejaba demasiado.

Aclaró, que la joven nunca dejó de llorar desde que el hombre la obligó a desvestirse, y que éste lo golpeó cada vez que intentó moverse.

Describió al sujeto como un hombre alto, macizo, con barba, muy sucio, agregando que al momento de la agresión pensó que era moreno, porque tenía la mugre pegada a la piel, aunque los ojos eran claros y de una forma especial, características que después otorgó al carabinero del hospital y a la Policía de Investigaciones.

Señaló que su correa y pantalones quedaron en el vehículo, aseverando que la primera era como de tela, estilo militar con hebilla corrediza tipo americana, descripción que no resultó coincidente con la acompañada por el acusador signada evidencia 9, indicando el mismo que no era la descrita por él, pero que se parece a una de su hermano, con quien comparte la ropa.

Reconoció, en cambio, y previa descripción, los cordones signados 10, las evidencias 5 y 6 un anillo con perla blanca y una cadena con crucifijo, ya incorporadas, y también las evidencias 12, 13 y 17: un par de lentes ópticos, un par de lentes marca Dockers, y 11 discos compactos.

También reconoció al acusado como el sujeto que en la madrugada de los hechos, los amenazó, sustrajo especies y violó a su compañera, aclarando que al momento de los hechos su apariencia era distinta, señalando que ahora era "persona".

Contrainterrogado por la defensa, dijo que su intención al dirigirse al Marinero Desconocido era buscar un lugar alejado para estar solo con su novia, aclarando que la correa que se le exhibió en la audiencia, tipo cuero, color café con hebilla tradicional, no es la que él había descrito, reiterando, en todo caso, que ésta le pertenece junto con su hermano.

Requerido por el tribunal, dijo que al momento de los hechos, llevaba dos años pololeando con K., con quien mantenía relaciones sexuales desde hacía un tiempo.

3.- La declaración del Dr. Venancio Yubini Valeria, quien expuso que en la madrugada del 20 de julio de 2004, cuando efectuaba turno en la maternidad del hospital local, atendió a una joven acompañada de su pareja que dijo haber sido asaltada y violada vaginal, anal y oralmente por un individuo en el Marinero Desconocido, persona a la que practicó exámenes físicos ginecológicos, tomándole muestra de secreciones vaginal y anal, entregándole ésta también un vello pubiano de su agresor. Agregó, que la examinada presentaba erosiones y congestión en la vagina y el ano, recientes, de menos de un día, lo que indicaba penetración en tales zonas, no recordando si tenía otras lesiones. Agregó, que la referida le relató que entre la una y dos de la madrugada, mientras estaba en el Marinero Desconocido, un sujeto la había asaltado usando un arma, al parecer un cuchillo, no está seguro, y la había penetrado por las tres vías. Señaló que la joven estaba tranquila, serena, y a pesar que el examen era doloroso, lo soportó bien, pero se veía afectada por lo sucedido.

Contrainterrogado por la defensa, en cuanto al pronóstico de las lesiones, señaló que las erosiones y congestión independientemente consideradas eran leves, pero en el aspecto psicológico no sanarían tan rápidamente.

Aclaró al tribunal que el himen de la mujer estaba roto y su esfínter con inflamación, aumento de volumen y enrojecido.

Interrogado por el fiscal, dijo que la penetración sexual no se puede graduar como leve, menos grave o grave.

4.- El testimonio del carabinero Angelo Reuque Becerra, quien expresó que cerca de las 3:40 horas del 20 de julio de 2004, mientras efectuaba el tercer turno en la población a cargo de un vehículo policial, debió acudir al inmueble de Cerro Dragón 2901 por una denuncia de violencia intrafamiliar, morada a la que ingresaron por Tadeo Haencke, al no atenderlos nadie por la primera vía, abriendo una señora que los hizo pasar, diciendo que lo único que necesitaba era que sacaran a su hijo de la casa, a lo que el individuo que estaba allí cocinando señaló

que era su hijo y no podían echarlo. Agregó, que la dueña de casa dijo que el referido vivía en un ruco del sector del Marinero Desconocido, y que mantenía causa pendiente, pero constatada la identidad y consultada telefónicamente la central, señaló que nada registraba. Agregó, que en esos momentos el hombre freía un huevo y estaba con el torso desnudo, y expresó a su madre que se iría a la mañana siguiente, por lo que se retiraron de la morada.

El testigo reconoció al imputado como el sujeto al que entrevistó junto a su madre por violencia intrafamiliar, señalando que ahora no tiene barba.

Adicionó, que el mismo día, cerca de las 7:45 horas, y siempre dentro de su turno, debió trasladar al hospital a una víctima de un delito de violación ocurrido en Playa Brava frente al edificio Campanario, para constatar lesiones, y mientras la atendían, se puso a conversar con el funcionario de servicio en el lugar, quien le refirió que durante la noche había ocurrido otra violación, cuya víctima había descrito a su atacante como un sujeto alto, de barba, con grandes espinillas tipo furúnculos en su espalda, percatándose que coincidía con las características del sujeto que había fiscalizado en el inmueble de Cerro Dragón, lo que señaló a su interlocutor, comunicó al personal de la Brigada de Delitos Sexuales y dio cuenta al fiscal de turno.

Dijo, que aparte de las características del sujeto, lo asoció a la primera violación, su lugar de ocurrencia, pues él lo había visto en otras rondas en el sector del Marinero Desconocido, lo que resultaba coincidente con lo que su propia madre había señalado cuando dijo que vivía en un ruco de dicho sector.

5.- La declaración de la funcionaria policial Mariylisy Bustos Espinoza, quien manifestó que el 20 de julio de 2004, junto a su colega Rodrigo Castillo, recibió instrucciones del fiscal don Enrique Rodríguez, para investigar un delito de robo con violación, concurriendo al hospital local, donde los afectados K.C. y Rodrigo Miranda estaban en shock y muy nerviosos, tomando ella declaración a la primera, refiriendo a continuación la testigo, circunstanciadamente, la misma versión dada por la afectada, ya consignada latamente en el número 1 de este considerando.

Agregó, que tomó la declaración cerca de las 5:30 horas, dándole la víctima las características

claves de su agresor como los ojos celestes, tez clara, estatura de 1,85 metros, aproximadamente, tatuajes y lunares de los que se había percatado al verlo desnudo, realizando un croquis de las especies que el hombre sustrajo: un anillo con perla, una cadena con un crucifijo, dos pares de lentes, dos monedas de \$100, un teléfono móvil con un sticker en su parte posterior y varios discos compactos.

Expresó, que mientras cumplían su cometido, tomaron conocimiento que durante la madrugada, funcionarios de Carabineros habían atendido un procedimiento por violencia intrafamiliar, donde un hijo había llegado pateando la puerta y golpeando a su madre, sujeto que reunía las mismas características físicas del descrito por las víctimas del robo con violación, por lo que tomaron sus datos y se dirigieron al domicilio de Cerro Dragón 2901, donde lo hallaron, en cuyos bolsillos guardaba la cadena con el crucifijo y \$200, viendo que también estaban allí el teléfono celular, un par de bototos, varias cajas de discos compactos, el cuchillo, que estaba en la cocina, y una camisa oscura en el baño, lo que fijaron fotográfica y planimétricamente.

Señaló a la defensa, que el lugar referido era el domicilio de los padres del sujeto, porque la propia madre lo indicó, expresando que su hijo vivía en un ruco cerca del Marinero Desconocido, y que ocasionalmente se quedaba con ella.

Al exhibirse a la testigo la evidencia material signada 4, 5, 6 y 8 señaló que corresponden a las que la afectada había dibujado como especies sustraídas, y las evidencias 9 y 10, cuya cadena de custodia reconoce, corresponden a cordones y cinturón que entregó el afectado Rodrigo Miranda, aclarando a la defensa que tales objetos no fueron levantados, sino que entregados voluntariamente por la víctima, lo que así se consignó en el informe policial.

Reconoció al imputado como la persona detenida en el domicilio de Cerro Dragón, con las especies sustraídas a las víctimas.

6.- Los dichos de Rodrigo Castillo Melo, quien en lo sustancial concuerda con el relato de su compañera, señalando que en el hospital local tomaron contacto con los primeros y el médico de turno, quien describió las lesiones que ambos presentaban, indicando que las de la mujer eran compatibles con violación anal y vaginal, y las del varón, compatibles con atadura de muñecas.

Dijo, que los afectados refirieron que durante la madrugada, cuando estaban en el Marinero Desconocido con la intención de mantener relaciones sexuales, llegó con gran violencia un sujeto, quien ingresó al vehículo, ató de pies y manos al conductor con sus propios cordones y correa, lo pasó hacia atrás y luego procedió a violar a la joven.

Agregó, que en el hospital revisaron la camioneta del joven afectado con el objeto de obtener evidencias, llamando a los peritos del laboratorio de criminalística, recogiendo un pedazo de papel higiénico, unos trozos de pelos, una caja de preservativos, realizando pericias de huellas, y a continuación, se dirigieron con los denunciantes al lugar de los hechos, procediendo a la fijación fotográfica y planimétrica de los sectores del primer y segundo estacionamiento, encontrando en este último, lugar donde la víctima habría sido violada, un condón usado para tal objeto. Dijo, que en el mismo lugar los expertos periciaron las huellas de calzados presentes en el terreno.

Expuso, que posteriormente, obtuvieron antecedentes sobre un posible imputado, al que detuvieron en el inmueble de Cerro Dragón 2691, individuo que descansaba sobre un sillón, encontrando sobre los otros sillones dos pares de lentes, uno de sol marca Dockers y otro óptico, y unos discos compactos, hallando también unos zapatos marca Worker, un teléfono celular, un cuchillo, cuya ubicación señaló el propio imputado, y una camisa, especies, arma y ropa que coincidían con las descritas por las víctimas.

El testigo reconoció las evidencias materiales signadas 14, 16, 19 y 20 señalando que las tres primeras corresponden a objetos encontrados dentro del vehículo, esto es, un pelo recogido desde la palanca de freno, un envase de preservativo, un trozo de papel higiénico, y la 20, el preservativo hallado en el sector donde la víctima había sido violada. También reconoció las evidencias 2, 3, 7, 12, 13 y 17, correspondientes a un par de bototos marca Worker, un cuchillo, una camisa oscura, un par de lentes ópticos, un par de lentes marca Dockers y 11 discos compactos, aseverando que correspondían a las recogidas desde el domicilio donde se encontraba el imputado, al que también reconoció en la audiencia.

Aclaró a la defensa que la única evidencia que recogió personalmente fue el envase de pre-

servativo, recogiendo las demás los peritos y sus compañeros, señalando al tribunal la cadena de custodia de cada objeto.

7.- El testimonio del funcionario policial José Correa Butrón, quien manifestó que colaboró en el allanamiento que la brigada especializada realizó en el domicilio de Cerro Dragón 2901, lugar donde el imputado dormía, diligencia que les permitió encontrar en los bolsillos del pantalón del sujeto una cadena y un anillo de oro, hallando también dentro de la morada, un cuchillo, un teléfono celular, unos lentes y una caja de discos compactos.

El testigo reconoció en la audiencia al acusado como el individuo referido, agregando que lo interrogó en la unidad policial, en presencia del inspector Sandoval y de la fiscal Paola Apablaza, narrando aquél que en la madrugada de los hechos había estado ingiriendo vino en su ruco, saliendo después para conseguir dinero, encontrándose con un vehículo estacionado al que golpeó en la ventana para que le abrieran, y una vez que los ocupantes lo hicieron, ingresó y los amenazó con un cuchillo, moviendo la camioneta a otro lugar más aislado del mismo sector, donde violó a la mujer en forma vaginal, anal y bucal, para finalmente conducir a la pareja en el mismo móvil hasta las cercanías de donde él vivía, llevándose las especies de sus víctimas, a los que dejó abandonados, reconociendo que las encontradas en la vivienda en que fue detenido eran las sustraídas.

Señaló a la defensa que sólo colaboró en el allanamiento de la morada y detención del imputado, pero no estuvo a cargo, ni tampoco realizó la detención física, por lo que ignora si se hizo con orden del tribunal, pero escuchó a los jefes expresar que la tenían, indicando que no vio intimar la orden, respondiendo a la letrada, que cuando el imputado declaró ante la fiscal, no estaba presente el defensor.

Aclaró al tribunal, que antes de que el detenido prestara la declaración referida, se le leyeron sus derechos.

SEXTO: Que el acusador convocó a los siguientes expertos:

1.- Don Rubén Cárdenas Bolívar, perito planimetría de la Policía de Investigaciones, quien dijo que el 20 de julio de 2004, cerca de las 9:40 horas, concurrió a la vivienda de Cerro Dragón 2901 junto

a la brigada especializada, fijando las evidencias encontradas dentro de la morada, para conectarlas al imputado, y después se dirigieron al Marinero Desconocido, unos 800 metros antes del monolito, donde fijó específicamente 8 huellas plantares. A continuación y luego que describiera la ubicación en sus planos de los objetos señalados, se exhibieron al perito, especificando los emplazamientos respectivos, mencionando en el inmueble: lentes de sol en un sillón del living, un par de bototos bajo un sillón, cajas con discos compactos, un teléfono celular en el comedor, un cuchillo en la cocina, unos lentes ópticos bajo una prenda de vestir, y una camisa oscura sobre la tina del baño. En el Marinero Desconocido: un mapa de ubicación, sitio eriazoso, mostrando 4 huellas plantares encontradas allí, indicando los oficiales a cargo que correspondía al lugar donde los afectados fueron abordados, y cinco huellas plantares del segundo sector.

2.- Don Mario López Contreras, perito fotógrafo, quien manifestó que cerca de las 10:00 horas del 20 de julio de 2004, efectuó la fijación fotográfica del inmueble de cerro Dragón 2901 y de las evidencias encontradas en su interior, coincidiendo plenamente con las descritas y señaladas por el perito anterior, agregando que también fijó al imputado quien en su pecho tenía numerosos y grandes granos, variadas marcas en su espalda y dos tatuajes en sus rodillas. Adicionó que en el sector del Marinero Desconocido, lugar en el que también estaban los peritos Cárdenas, González y Torres, fijó diversas huellas plantares, señalando que el perito mecánico hizo un levantamiento de ellas. Reconoció las 62 fotografías que se exhibieron en la audiencia, como las tomadas por él al momento de los reconocimientos.

3.- Doña Sandra González Montaña, tecnólogo médico, quien refirió que el 20 de julio de 2004 recibió tres tubos acompañados de su documentación y formularios de cadena de custodia, el primero, taponado con algodón hidrófobo, con flujo vaginal de K.C., con escaso sedimento de color blanquecino, que dio reacción positiva a la presencia de fosfatasa ácida presente en el semen humano, cuya observación microscópica con tinción de gram permitió encontrar una que otra cabeza de espermatozoides. El segundo, contenía flujo anal de K.C., de color café claro con bastante sedimento del mismo color, que dio los mismos resultados de la muestra

anterior. El tercero, un tubo khan de vidrio, rotulado K.C., vello pubiano de agresor, que contenía un vello de un centímetro de largo, aproximadamente, muestra que no permitió su examen por ser escasa. Agregó, que por la mayor cantidad de espermatozoides presentes en el flujo anal, éste era el más adecuado para realizar el examen comparativo de ADN. La perito reconoció las fotografías incluidas en su informe.

4.- Doña Marjorie Vallefín Carvallo, ingeniero de ejecución químico, quien expresó que con el oficio 302 de 21 de julio de 2004, el laboratorio de criminalística de Iquique remitió al laboratorio central, como evidencias 1 y 2, diversos pelos de diferente color y tamaño, como evidencia N° 4, un trozo de papel confort y como evidencia N°5, un preservativo, más tres papeles filtro y tómulas rotulados como muestras sanguíneas y mucosas bucales de K.C., Rodrigo Miranda y Juan Carrasco Acevedo, respecto de las cuales se efectuaron las siguientes operaciones:

- 1.- Se hizo un análisis morfológico y micrométrico de los pelos, estableciéndose que se trataba de dos vellos púbicos, cabello y pelo animal.
- 2.- Se realizaron exámenes de orientación para sangre y sangre humana a las muestras rotuladas como sanguíneas, dando positivo para todas.
- 3.- A continuación, se efectuó la observación microscópica para la determinación de espermios humanos en el trozo de papel higiénico y en el preservativo, dando resultado negativo para ambos casos.
- 4.- Se levantaron muestras de todas las evidencias y raíces de los pelos recibidos y se efectuó la extracción de ADN, obteniendo los siguientes resultados: a) El material biológico encontrado en el interior del preservativo correspondía a la muestra sanguínea rotulada como Juan Carrasco Acevedo con una probabilidad del 99,9999999999 %, b) El material biológico hallado en el exterior del preservativo correspondía a la muestra sanguínea rotulada K.C.D., con una probabilidad del 99,9999999999 %, c) La sangre humana rotulada Rodrigo Miranda Torrejón no tenía relación con el resto de la evidencia. d) No se pudo establecer relación entre los pelos remitidos y el trozo de papel higiénico, porque no amplificaron.

Aclaró a la fiscal, que para efectuar la extracción de ADN en el preservativo, se hizo primero una observación microscópica para establecer la presencia de espermios, la que resultó negativa, y después se hizo un barrido pasando una tórula humedecida con suero por dentro, y otra por fuera del profiláctico.

Reconoció el preservativo acompañado como evidencia N° 20, expresando que es el mismo periciado por ella, pues la cadena de custodia tiene el rótulo con su firma, y además, porque está roto en la punta.

5.- Don Alberto Kriss Farías, perito químico, quien señaló que a través del informe N° 25 de 15 de diciembre de 2004, dio respuesta a lo solicitado por la fiscalía de Iquique en orden a someter a examen comparativo de ADN las muestras de flujo anal, vaginal y un pelo para establecer si existía correlación de identidad entre los espermios presentes en ellas y en su caso, en qué porcentaje, con el perfil genético de Juan Carrasco Acevedo. Agregó, que se comprobó que las muestras de flujo anal y vaginal contenían espermios humanos, y por lo tanto, semen, resultando: 1) Que no se obtuvo perfil genético de ADN de la muestra de flujo vaginal, lo que pudo deberse a la escasa cantidad de espermios presentes en ella, o a otros factores; 2) Que en la muestra de flujo anal sí se obtuvo perfil genético de ADN que al compararlo con el perfil genético del imputado se obtuvo correlación positiva, estableciéndose que los espermios provenían de él con un porcentaje de probabilidades de 99,999999, es decir, superior a uno en diez billones de personas; y 3) Que el perfil genético del pelo periciado correspondía a la víctima.

Indicó al fiscal que levantó muestras de pelos, un trozo de papel higiénico y un preservativo del lugar del hecho, y en el laboratorio local tomó muestras para ADN a la víctima, al imputado y al testigo, muestras que fueron analizadas en el laboratorio de Santiago, porque en esos momentos no se había instalado el instrumental del laboratorio local, pero que el análisis de la muestra rectal efectuó acá, por lo que dos laboratorios trabajaron de manera independiente.

Reconoció al imputado como una de las personas a las que tomó muestras para remitir a Santiago, y también reconoció las evidencias signadas 14, 19 y 20, como las recogidas por él, y sus respectivas cadenas de custodia.

6.- La declaración del perito Norberto González Muñoz, quien dijo que realizó el informe pericial 26-M, recibiendo un par de zapatos marca Worker para ser comparados con muestras obtenidas en el sitio del suceso, sector del Marinero Desconocido, comparando las plantas del calzado y huellas levantadas en el sitio del suceso el 20 de julio de 2004, estableciendo que las huellas plantares signadas 2, 4, 5 y 9 concordaban con las plantas de los tres moldes levantados.

SÉPTIMO: Que el fiscal presentó también la prueba material incorporada a través de la exhibición a los testigos y peritos en la audiencia, sus respectivos reconocimientos y cadenas de custodia, esto es, las especies sustraídas y encontradas en el domicilio del hechor; el arma blanca empleada, calzado y prendas de vestir que aquél usaba cuando cometió el delito, un par de cordones del afectado Miranda, un pelo encontrado debajo de la palanca de freno del vehículo, un envase de preservativo, un trozo de papel higiénico y un preservativo.

OCTAVO: Que también se acompañó por el acusador la siguiente prueba documental, incorporada a través de su lectura resumida:

a.- Ordinario 1378 de la Dirección del Hospital Ernesto Torres Galdames que remitió los informes médico de lesionado de urgencia, informe médico legal de la Ley de Delitos Sexuales 19.617, y acta de realización del peritaje ordenado por la ley referida, todos relativos a K.C.D., de 19 años de edad, atendida en la unidad de Emergencia en la madrugada del 20 de julio de 2004.

b.- El extracto de filiación y antecedentes del acusado, que registra una condena en la causa RUC 300.058.128-2, RIT 1502-2003 del Juzgado de Garantía de Iquique de 11 de agosto de 2003, que lo sentenció a una multa de 4 unidades tributarias mensuales como autor de un delito de robo en lugar no habitado en grado de frustrado, pena cumplida el 25 de octubre de 2003, según el ordinario 4.120 del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Iquique, y una condena en la causa RUC 400.039.446-2 del mismo tribunal, que con fecha 2 de febrero de 2004, le aplicó una multa de 6 unidades tributarias mensuales.

c.- Copia autorizada de la sentencia dictada en la causa RIT 1502, ya referida.

d.- Oficios J 4465-2004 y J 644-2005 del jefe de la unidad de administración de causas del Juzgado de Garantía de esta ciudad, certificando en el primero que la sentencia dictada en la causa RIT 1502-2003 se encuentra ejecutoriada y cumplida, y remitiendo con el segundo la copia señalada en la letra c.- indicando que el imputado cumplió la sentencia el 29 de octubre de 2003.

e.- Copia autorizada del acta de audiencia de la causa RIT 622-2004 de 2 de febrero de 2004, del mismo tribunal, en la que se impuso a Juan Carrasco Acevedo una multa de 6 unidades tributarias mensuales como autor de un delito de violación de morada cometido en la misma data.

f.- Copia del oficio ordinario 301 del subcomisario Max Fernández Gago de 21 de julio de 2004, que indica que se determinó que una huella encontrada en la puerta de la camioneta Nissan Terrano que individualiza, corresponde al dedo anular del imputado Juan Carrasco Acevedo.

NOVENO: Que el delito materia de la acusación, requiere para su configuración la sustracción de especies muebles ajenas contra la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, mediante actos de violencia o intimidación para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, o para impedir la resistencia a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la entrega o manifestación, y que con motivo u ocasión de tal sustracción se cometa, además, violación, conforme describe el numeral 1° del artículo 433 del Código Penal.

La apropiación de cosas muebles ajenas con ánimo de lucro, se acreditó con los asertos de los afectados C. y Miranda, con las declaraciones de los funcionarios policiales Bustos, Castillo y Correa, y asertos de los peritos Cárdenas y López, referidos latamente en los motivos sexto y séptimo, al señalar los primeros que el hechor los amenazó para obtener la entrega de las especies de su propiedad que describieron, y al indicar los demás, que encontraron tales especies en el domicilio donde fue detenido aquél, señalando dos de ellos que en sus bolsillos portaba la gargantilla, crucifijo y anillo de Rodrigo Miranda, hallazgo que los peritos fijaron gráficamente como mostraron al tribunal.

Se han ponderado los testimonios referidos como veraces, coherentes y conforme con el modo en que verosíblemente ocurrieron los sucesos, de acuerdo a los demás antecedentes presentados, no

evidenciando omisión o contradicción que pudiera alterarla, pues los relatos concuerdan con la evidencia gráfica de los sitios en que se verificó el hecho y se detuvo al hechor, con la evidencia material introducida y explicada a través de las víctimas, policías y peritos.

El ánimo de lucro se desprende del tipo de cosas que fueron apropiadas, objetos comerciables, lo que permite concluir que la intención del hechor fue sacar una ventaja patrimonial de ellas.

Sobre el empleo de intimidación, se cuenta con los asertos contestes de los afectados, al sostener que fueron amenazados a viva voz y con un cuchillo por el atacante, creyendo ambos que se trataba de un arma de fuego, y al afirmar que aquél redujo, amarró y lanzó al asiento posterior del vehículo a Rodrigo Miranda, y con la presunción que arroja el cuchillo encontrado en el domicilio del imputado, reconocido por K.C. como el arma que aquél empleó para conseguir sus fines ilícitos.

Se ha valorado la declaración de los afectados y evidencia material como un conjunto de indicios que, por su multiplicidad concordancia y precisión demuestran que sobre aquellos se desplegaron acciones intimidatorias de tal entidad, que lograron amedrentarlos para la entrega de las especies.

En cuanto a establecer el acceso carnal a la víctima por vía vaginal, anal y oral, transitan las declaraciones de ésta y de su compañero, en cuanto aseveran que después de maniatar a Miranda, el sujeto los trasladó a un sector más aislado, donde obligó a la joven a desnudarse, procediendo a penetrarla con su miembro viril en forma reiterada por su vagina, ano y boca.

En el mismo sentido se erigen los asertos del testigo Dr. Yubini Valeria, quien examinó a la víctima momentos después de producido el ataque, al afirmar que al examinarla, presentaba erosiones y congestión en la vagina y ano, sugerentes de penetración en tales zonas, las que eran recientes, de menos de un día.

Corroboran lo anterior, los asertos de los peritos Alberto Kriss y Sandra González, en cuanto aseveran que tanto la muestra de flujo vaginal como la del flujo anal de la víctima, recibidas del Dr. Yubini, como expresa la segunda, contenían espermios humanos.

Se han estimado veraces los asertos de los afectados, pues han resultado coincidentes con los hallazgos médicos y bioquímicos encontrados en la vagina y ano de la víctima, hallazgos que han sido descritos por un facultativo de la especialidad que se desempeña en la unidad de urgencias de un establecimiento hospitalario público, y por dos peritos de la especialidad que describieron detalladamente las operaciones efectuadas para realizar los reconocimientos periciales que se les encargó, y por la seriedad y rigor científico con el que han explicado y sustentado sus conclusiones.

Se ha desestimado como prueba idónea para establecer el delito, la evidencia signada 9, un cinturón, por no corresponder al objeto que su dueño describió antes de su exhibición, resultando en todo caso, justificada la confusión, atendido el tiempo transcurrido desde los hechos y lo traumático de la experiencia, manteniendo el tribunal la confianza en la credibilidad del testigo.

DÉCIMO: Que, con los medios de prueba analizados y ponderados en los motivos anteriores, se ha podido establecer más allá de toda duda razonable, que cerca de las 01:00 horas del 20 de julio de 2004, cuando los afectados se encontraban dentro de una camioneta estacionada en el sector costero del Marinero Desconocido, se les acercó un individuo que a viva voz y bajo amenaza de “darles un tunazo” lo que los referidos entendieron como balazo, los obligó a abrirle el vehículo, exigiéndoles especies de valor, obteniendo la entrega de una gargantilla con un crucifijo y un anillo de propiedad del varón, y acto seguido ató a éste de pies y manos, pasándolo al asiento posterior de la cabina, y condujo el móvil hasta un sector cercano más apartado y aislado, donde, siempre bajo amenaza, accedió carnalmente a la ocupante de sexo femenino, por la vagina, ano y boca, en forma reiterada, ocupando la primera vez un preservativo, para posteriormente conducir el vehículo hasta la ciudad, sustrayendo en el trayecto otras especies de los afectados, como un teléfono celular, discos compactos, lentes y monedas, hasta dejarlos abandonados junto al vehículo en la vía pública.

UNDÉCIMO: Que los hechos descritos anteriormente tipifican el delito complejo de robo con violación sancionado en el numeral 1° del artículo 433 del Código Penal, pues el hechor sustrajo especies muebles a los afectados contra su voluntad

valiéndose de la intimidación, y luego de cometer tal delito, accedió carnalmente a la mujer ofendida contra su voluntad, reiteradamente, en forma vaginal, anal y oral.

DUODÉCIMO: Que establecida la existencia del hecho punible y efectuada su calificación, debe determinarse si efectivamente cupo en él participación al acusado, para lo cual se han aportado los siguientes antecedentes:

1.- Los dichos de K.C. y Rodrigo Miranda, en los que aseveraron en forma conteste que el acusado, al que reconocieron en la audiencia, era el individuo que los intimidó, amarró de pies y manos a Rodrigo Miranda, los llevó en el vehículo a un lugar más apartado y violó reiteradamente a la primera, y cuyas características otorgaron al hacer la denuncia.

Se ponderarán los testimonios referidos como veraces y acordes al modo en que verosíblemente ocurrieron los sucesos, por guardar absoluta correlación con el resto de la prueba producida y que se expone a continuación.

2.- El testimonio del carabinero Reuque Berra, quien reconoció al acusado como la persona fiscalizada por él en la misma madrugada de los hechos, en un procedimiento por violencia intrafamiliar en el domicilio de su madre, sujeto cuyas características físicas coincidían con las descritas por los afectados de un delito de robo y violación, por lo que otorgó a los policías investigadores la individualización y domicilio del referido.

Se ha estimado la declaración predicha como un indicio serio por provenir de un funcionario que de manera absolutamente imparcial y en cumplimiento notable de sus deberes, colaboró con la investigación.

3.- Los asertos de los funcionarios policiales Bustos Castillo y Correa, y de los peritos Cárdenas y López, al señalar la primera que por los datos otorgados por el testigo anterior, llegaron al domicilio del acusado, refiriendo todos, que también se encontraban allí las especies sustraídas a las víctimas, el cuchillo usado para la intimidación, los zapatos y camisa que aquél calzaba y vestía al momento de cometer el delito, asertos que resultaron respaldados con el material gráfico introducido, y con el reconocimiento que en la audiencia hicieron de las especies incautadas al momento de la detención.

4.- Lo concluido por el perito don Norberto González quien expuso que al comparar los zapatos remitidos marca Worker y las huellas plantares levantadas del sitio del suceso, estableció coincidencia entre tres de las muestras y el objeto de comparación, y otra de las huellas coincidía con el calzado de una de las víctimas. Señaló que en el objeto materia de la pericia se obtienen huellas primarias y secundarias, las primeras dicen relación con el diseño, y las otras con las particularidades de cada objeto, en este caso de los zapatos.

Se han ponderado los asertos del perito como serios y bien fundados, al explicar el procedimiento empleado para realizar la pericia, y la forma en que estableció la correspondencia del material de comparación.

5.- Lo concluido por lo peritos químicos Marjorie Vallefín y Alberto Kriss, al señalar la primera que el material biológico encontrado en el interior del preservativo examinado, recogido del lugar de los hechos, según expresaron los policías y peritos a cargo de la diligencia, y la sangre del acusado, correspondían a un mismo individuo de sexo masculino con una probabilidad del 99,9999999999%, y que el material biológico del exterior y la sangre de la víctima C. correspondían a un mismo individuo de sexo femenino con igual probabilidad; y al manifestar el segundo que los espermios presentes en el flujo anal de la víctima tenían el mismo perfil genético del imputado.

Se han ponderado como determinantes las declaraciones de los anteriores para establecer la identidad genética entre la sangre del acusado y el contenido interior de condón incautado en la investigación, y entre su sangre y la muestra de flujo anal tomada a la víctima, por emanar de profesionales expertos en la ciencia respectiva, que han señalado el procedimiento científico efectuado y fundamentos de sus conclusiones en forma clara y precisa.

6.- Los asertos del funcionario policial José Correa, en cuanto señaló que al tomar declaración al acusado en presencia de la fiscal y luego de leerle sus derechos, reconoció su responsabilidad relatando la forma en que intimidó a los afectados, amarró al varón, los llevó en el vehículo de éste hasta otro sector y violó a la mujer vaginal, anal y oralmente, llevándose especies de aquéllos al abandonarlos, reconociendo como tales las encontradas en su domicilio.

Se otorgará valor al testimonio referido como indicio proveniente de un testigo de oídas, y no como parte de una actuación o declaración extrajudicial que no se ha invocado ni incorporado al juicio, ratificando el tribunal la resolución dictada en la audiencia en orden a rechazar la solicitud de la defensa de anular tal prueba por violar el derecho de su representado a guardar silencio, pues, no es su confesión el objeto del análisis y valoración probatoria, sino los asertos del señalado testigo de oídas.

No se ponderará como indicio relevante para establecer la participación, el informe contenido en el ordinario 301 del jefe subrogante del Laboratorio de Criminalística Regional, pues, a criterio del tribunal, la materia de su informe requiere conocimientos especiales y efectuarse de acuerdo al procedimiento de la ciencia o arte respectivos, lo que hacía necesaria la declaración del perito en la audiencia.

DÉCIMOTERCERO: Que, los antecedentes reseñados y ponderados, por su multiplicidad, contundencia, precisión, coherencia y concordancia, conducen al tribunal de manera lógica y unívoca a establecer que efectivamente Juan Carlos Carrasco Acevedo intervino como autor inmediato y directo del delito complejo establecido, pues demuestran que una vez que intimidó a los afectados con un cuchillo para que le entregaran especies, ató al varón, y condujo el vehículo hasta un lugar apartado, donde, siempre bajo amenaza, violó reiteradamente a la mujer por la vagina y ano, obligándola a practicarle sexo oral, y una vez conseguidos sus propósitos, trasladó a sus víctimas hasta la ciudad, donde las abandonó llevándose el botín,

DÉCIMOCUARTO: Que, en su alegato de clausura el Ministerio Público sostuvo el cargo dirigido en contra del acusado por haberse acreditado todos los elementos del delito de robo con violación, y la responsabilidad que como autor le cupo, manteniendo su petición de estimar concurrentes las agravantes de reincidencia específica del numeral 16 del artículo 12 del Código Penal, al haber sido castigado anteriormente como autor de un delito de robo en lugar no habitado, como dan cuenta los documentos incorporados para tal fin, y la agravante de haber cometido el delito de noche y en desdoblado del numeral 12 de la misma norma, y no la especial del artículo 456 bis N°1, y ello porque no sólo se cometió un robo, sino también una violación.

DÉCIMOQUINTO: Que, por su parte la defensa, sin alegar absolución hizo presente que la investigación y la prueba rendida presentan graves falencias, pues el afectado Rodrigo Miranda no fue capaz de reconocer como medio probatorio la coorra de su pantalón; por otra parte la entrega de la evidencia por la policía también muestra falencias; además, se ha ingresado como documental de acuerdo al artículo 301 del Código Procesal Penal una prueba que tiene carácter pericial; en la declaración extrajudicial, traída a colación con el testimonio de un funcionario policial, el acusado no fue asistido por un abogado, ni hay constancia de habersele intimado la orden de aprehensión.

Solicitó el rechazo de la agravante 12ª del artículo 12 del Código Penal, porque la norma exige que la nocturnidad o despoblado hayan sido buscados deliberadamente por el hechor, lo que no se verificó en este caso, pues su representado vivía en el lugar en que cometió el delito, como testimoniaron los policías Reuque y Bustos, y porque el propio afectado Rodrigo Miranda señaló que con su pareja buscaron voluntariamente un lugar apartado para tener relaciones sexuales.

Sostuvo, que tampoco afecta a su representado la agravante de reincidencia en delito de la misma especie, porque actualmente se discurre eliminar tal modificatoria por fundarse en un Derecho Penal de autor, al violar el principio non bis in ídem, pues la agravante sanciona doblemente un hecho ya castigado, y principalmente, porque no existe coincidencia entre los bienes protegidos por las normas violadas, pues tratándose en la especie de un delito complejo, a criterio de la doctrina, debe prevalecer el bien jurídico de mayor entidad, en este caso la seguridad de las personas.

Solicitó al tribunal tener presente al momento de determinar la cuantía de la pena, lo declarado por el Dr. Yubini quien señaló que las lesiones constatadas en la víctima eran leves, y además, las especies sustraídas fueron recuperadas por los afectados, y además, porque la extensión del mal ya está considerada en la pena asignada al delito.

DÉCIMOSEXTO: Que, en cuanto a las alegaciones relativas a las falencias de ciertos medios de prueba, el tribunal se remite a lo expuesto y concluido respecto de cada uno de ellos al efectuar su ponderación.

DÉCIMOSEPTIMO: Que, a criterio del tribunal concurre en la especie la agravante especial del artículo 456 bis N°1 del Código Penal, porque de la prueba ponderada en los motivos anteriores emana que el hechor ejecutó el delito en sitio falto de vigilancia policial, obscuro, solitario y apartado, circunstancias buscadas para favorecer la impunidad, no siendo atendible la alegación de la defensa en cuanto a que aquél no desplegó una conducta deliberada en tal sentido, porque, como se acreditó, luego de amenazar a sus víctimas y maniatar al varón lanzándolo al sientto posterior de la cabina del vehículo, Carrasco Acevedo subió al móvil y lo condujo hacia un lugar más alejado y apartado del elegido por los afectados para estacionarse, con el objeto de violar reiteradamente a K.C.

Se ha estimado concurrente la agravante señalada y no la general invocada por el acusador, porque el tribunal, sumándose al criterio jurisprudencial, estima que el delito establecido en este juicio es de carácter complejo, pero estimado por el legislador como un delito contra la propiedad, donde el propósito del agente es cometer un robo, pero con motivo u ocasión de éste se hace culpable de otro delito distinto, y por la mayor peligrosidad demostrada, la ley prefiere determinar directamente una penalidad propia, en vez de aplicar las normas del concurso de delitos (citada por don Alfredo Etcheberry en "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", Tomo II, pág. 515). Por lo anterior, ante la acreditación fáctica de sus supuestos, debe aplicarse la agravante especial prevista por la ley.

Se desechará en cambio la agravante de reincidencia específica alegada, porque la norma del artículo 12 N° 16 del Código Penal exige un castigo anterior por un delito de la misma especie, elemento este último que debe ser integrado por el juzgador, dado que la ley no lo ha definido para estos efectos, pues la definición contenida en la norma del inciso 4° del artículo 351 del Código de Procesal Penal, como expresamente señala, sólo se aplica para determinar la forma de imposición de las penas en la reiteración delictuosa. Dando cumplimiento a tal integración, el tribunal estima como delitos de la misma especie, aquellos que afectan a los mismos bienes jurídicos, lo que no ocurre en este caso, pues en la causa RIT1502-2003 del Juzgado de Garantía de esta ciudad el acusado fue condenado como autor de un delito de robo en lugar no

habitado en grado de frustrado, delito que vulnera exclusivamente el bien jurídico propiedad, mientras que en el establecido en este juicio, se vulneran la propiedad, la seguridad personal y la libertad sexual, no concurriendo, entonces, la correspondencia de afectación señalada.

DÉCIMOCTAVO: Que, siendo la sanción asignada al delito el presidio mayor en su grado medio a perpetuo calificado, por perjudicar al acusado una circunstancia agravante sin que le beneficien atenuantes, el tribunal está impedido de imponerle el grado mínimo.

Al momento de determinar la cuantía de la pena, el tribunal tendrá presente la extensión del mal causado con el delito, considerando que la víctima de la violación es una joven estudiante universitaria de 19 años de edad, de contextura en extremo delgada y frágil como se percibió en la audiencia, a quién se vio visiblemente afectada al rehacer el relato, y que el victimario, quien presentaba una deplorable condición higiénica al momento de perpetrar el ilícito, no se conformó con violarla una vez, sino que lo hizo reiteradamente, obligándola incluso al sexo oral, ante la repulsa de su víctima.

De esta manera, el tribunal disiente de la alegación de la defensa en cuanto estima que la gravedad del mal debe ponderarse exclusivamente teniendo en cuenta las lesiones físicas encontradas en la vagina y ano de la víctima, calificadas como leves por el médico que la atendió en el servicio de urgencia, en primer lugar, porque jurídicamente tal calificación corresponde al tribunal, según establece el artículo 494 N°5 del Código Penal, y en segundo lugar, porque el mal causado no puede evaluarse en forma atomizada, sino integral, considerando no sólo los bienes jurídicos conculcados con el delito, en este caso, la libertad sexual, la salud y la propiedad, sino también el grado de intensidad del efecto psicológico que la conducta del hechor causó en la víctima.

Por estas consideraciones y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 24, 26, 28, 50, 68, 69, 432, 433 N°1, 439 y 456 bis N°1 del Código Penal; y artículos 1, 45, 295, 296,

297, 314, 325 y siguientes, 340, 341, 342, 345 y 348 del Código Procesal Penal,

SE DECLARA:

I.- Que se condena al acusado JUAN CARLOS CARRASCO ACEVEDO, ya individualizado, a sufrir una pena de **veinte años de presidio mayor en su grado máximo**; a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena; y al pago de las costas de la causa, por su responsabilidad como autor de un delito de robo con violación en la persona de K.C., sancionado en el artículo 433 N° 1 del Código Penal, cometido en esta ciudad el 20 de julio de 2004, en perjuicio de la referida y de Rodrigo Miranda.

Para el cumplimiento del castigo corporal, se abonará a Carrasco Acevedo todo el tiempo que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad en esta causa, desde el 20 de julio de 2004, como emana de los antecedentes del juicio.

Regístrese y notifíquese.

Devuélvase a las partes las evidencias y documentos acompañados durante la audiencia.

Oficiése en su oportunidad a los organismos correspondientes para hacer cumplir lo resuelto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Remítanse los antecedentes necesarios al señor Juez de Garantía para los fines pertinentes, y hecho, archívese.

Redactada por la juez Sra. Ríos Meza.

RUC 0410009625-6

RIT 48-2005

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DEL JUICIO ORAL DON EDUARDO CAMUS MESA, Y SRAS. MARÍA RAQUEL ROSS MALDONADO Y JUANA ROSA RÍOS MEZA.

CORTES APELACIONES

- Señala que al invocar la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal se debe señalar la norma erróneamente aplicada.

Tribunal: Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que condenó a su representado a una pena mayor que la solicitada por el Ministerio Público, aduciendo que éste no había fundamentado tal decisión, incurriendo de esta manera en una errónea aplicación del derecho. La Corte rechazó el recurso, señalando que resulta indispensable, ante la invocación de la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, la indicación de la norma que ha sido erróneamente aplicada. Agregó, asimismo, que sin perjuicio de ello, la facultad prevista en el artículo 68 inciso primero del Código Penal no es impugnabile por la vía del recurso de nulidad, porque la determinación de la pena es una facultad privativa del Tribunal.

Texto completo:

Puerto Montt, primero de febrero de dos mil cinco.-

VISTOS:

En antecedentes RUC 0400221247-7 RIT N°34-2004 del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, el abogado de la Defensoría Penal Pública Rafael Gallardo Durán, dedujo recurso de nulidad contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2004 que condenó a Carlos Alberto Casanova Casanova a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de robo con intimidación en la persona de Alexis Andrade Ojeda y en la propiedad de Juan Andrade Barría, más las accesorias correspondientes. Solicita se anule la sentencia por la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, toda vez que en la dictación de la sentencia se hizo una errónea aplicación del derecho, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Fundamenta su recurso en el hecho de que se aplicó al sentenciado la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo y no la de cinco años y un día solicitada por el Ministerio Público, sin expresar la sentencia los motivos de tal aumento.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que conforme a lo señalado en la parte expositiva el recurso interpuesto persigue anular la sentencia allí referida, por estimar la defensa de Carlos Alberto Casanova Casanova que el Tribunal hizo una errónea aplicación del derecho, que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al aplicar al imputado la pena privativa de libertad de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, en su calidad de autor del delito de robo con intimidación, sin expresar el fallo el por qué del aumento por sobre los cinco años y un día solicitada por el Ministerio Público.

SEGUNDO: Que respecto de la causal de nulidad invocada, en ninguna parte del recurso se señala la norma de derecho que ha sido erróneamente aplicada por los sentenciadores de mayoría del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt. Por el contrario, es la propia defensa la que indica en su libelo que la pena de ocho años que se aplicó al encartado Casanova Casanova corresponde a la que técnicamente es posible determinar por los jueces.

TERCERO: Que efectivamente, conforme a lo preceptuado en el artículo 68 del Código Penal, aplicable en la especie por no concurrir circunstancias atenuantes sin agravantes que beneficien o

perjudiquen al imputado, el tribunal se encuentra facultado para recorrer la pena asignada al delito en toda su extensión, sin que obste para ello que el Ministerio Público haya solicitado la aplicación en su mínimo.

CUARTO: Que existiendo una facultad privativa del Tribunal para determinar la pena, no se divisa cómo el ejercicio de dicha facultad pueda calificarse de erróneo y por lo tanto pueda ser impugnado por el recurso de nulidad. Al no haber una errónea aplicación del derecho, tampoco existe una influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

QUINTO: Que respecto de la desproporcionalidad de la pena con que se castiga a Casanova Casanova a que alude su defensor cabe tener presente que, conforme se describe en el considerando décimo quinto del fallo en alzada, el imputado a pesar de cometer su delito un día después de haber cumplido los 18 años ya había sido condenado, con anterioridad a los hechos de esta causa, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas. Además debe considerarse que se trata de un delito que se sanciona con pena de crimen, dada su gravedad y los bienes jurídicos que se ven comprometidos en su comisión.

SEXTO: Que por todo lo razonado precedentemente, estima esta Corte que en la especie no ha existido una errónea aplicación del derecho que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al sancionar el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt a Carlos Alberto Casanova Casanova con la pena privativa de libertad de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo como autor de un delito de robo con intimidación.

Por estas consideraciones y atendido lo dispuesto en los artículos 352, 361, 372, 373 b), 384, y 349 del Código Procesal Penal, se RECHAZA, el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de Carlos Alberto Casanova Casanova, en contra de la sentencia de fecha treinta de diciembre de 2004, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, en la causa RIT N°34-2004.

Regístrese y dése a conocer a las partes intervinientes que asistan a la audiencia fijada al efecto. Hecho, devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante don Pedro Campos Latorre.

Pronunciada por las Ministras Titulares Sras: Teresa Mora Torres, Sylvia Aguayo Vicencio y Abogado Integrante don Pedro Campos Latorre.

Rol N°15-2005 R.P.P.

- **Declara que al aplicarse el artículo 395 del Código Procesal Penal, el Juez de Garantía no puede hacer un análisis más allá de verificar la presencia de un delito, debiendo dictar sentencia inmediatamente.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado en procedimiento simplificado como autor de los delitos de amenazas y hurto, admitiendo el acusado su responsabilidad, por lo que se procedió de acuerdo al artículo 395 del Código Procesal Penal. Pese a lo anterior, el Juez de Garantía dictó sentencia absolutoria sosteniendo que la participación del acusado no había sido demostrada suficientemente. El Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 373 letra b). La Corte acogió el recurso, haciendo suyos los argumentos de la Fiscalía, en el sentido que el análisis judicial se encuentra limitado dadas las características de la audiencia, que no es un juicio, y en que admitida por el acusado su responsabilidad en los hechos sólo cabe al Juez dictar sentencia imponiéndole o una pena de multa o una de prisión, según el caso. Agregó que el citado artículo limita al Juez a examinar el contenido del requerimiento (individualización del imputado; el hecho que se le atribuye; tiempo y lugar de comisión y demás circunstancias relevantes; la disposición legal infringida; los antecedentes o elementos que fundamentan la imputación para luego resolver si el hecho es típico o atípico, y si la responsabilidad penal del imputado se encuentra extinguida). Al haberse avocado éste a ponderar si se encontraba o no acreditada la participación del imputado, excedió sus facultades dictando una sentencia en una errónea aplicación del derecho.

Texto completo:

Valdivia, cuatro de marzo de dos mil cinco.

VISTOS:

Con fecha dieciséis de febrero del año dos mil cinco se realizó la audiencia ante este tribunal para conocer del recurso de nulidad interpuesto por don Alejandro Ríos Carrasco, Fiscal Adjunto de Osorno, en contra de la sentencia definitiva de fecha dieciocho de enero del presente año, pronunciada por don Juan Carlos Silva Opazo, Juez titular del Juzgado de Garantía de Osorno que absolvió a Boris Alejandro Segura Segura de los cargos formulados en su contra como autor de los delitos de amenazas y hurto, en grado de consumados, cometidos el día 13 de abril de 2004.

Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que don Alejandro Ríos Carrasco, Fiscal Adjunto del Ministerio Público de Osorno dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada por el señor Juan Carlos Silva Opazo, Juez titular del Juzgado de Garantía de Osor-

no que absolvió al imputado Boris Alejandro Segura Segura de los delitos anteriormente reseñados y lo funda en la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal ya que en su concepto se efectuó una incorrecta aplicación del derecho y, subsidiariamente, fundó el recurso en la causal del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) ambos del Código precitado, puesto que la sentencia impugnada no contiene una completa valoración de los medios de prueba, en especial, de la admisión de responsabilidad efectuada por el requerido y solicitó se anule la audiencia de juicio y la sentencia de conformidad al artículo 386 del Código Procesal Penal y se remitan los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de una nueva audiencia de juicio simplificado. Explica que el Ministerio Público presentó requerimiento en contra de Boris Alejandro Segura Segura como autor de los delitos de hurto y amenazas, previstos y sancionados en los artículos 296 N° 3, 432 y 446 N° 3 del Código Penal, y que el día 17 enero de 2005 se llevó a efecto la audiencia de juicio oral en procedimiento simplificado a la que concurrió el imputado quien admitió

su responsabilidad en los hechos que se le atribúan, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 395 inciso segundo del Código Procesal Penal efectuándose previamente las advertencias legales y para efectos de dicha norma se otorgó la palabra al Ministerio Público a fin de que expresara si concurrían antecedentes calificados que justificaran la imposición de una pena privativa de libertad ante lo cual la fiscalía señaló que existía una condena en contra del imputado por el delito de robo con intimidación de fecha 21 de agosto de 2001, de tres años y un día dictada por el Primer Juzgado del Crimen de Osorno. Precisa que frente a la admisión de responsabilidad del requerido, lo que en definitiva significa que reconoce su participación en el ilícito que se le atribuye, el juez, como lo indica la norma del artículo 395 antes mencionado dictará sentencia inmediatamente imponiendo sólo pena de multa o la de prisión en el caso que existan antecedentes calificados, lo que implica que siempre en estos casos la sentencia debe ser condenatoria, pues el Juez debe analizar los antecedentes existentes en la carpeta de investigación a fin de determinar si los hechos que se imputan efectivamente ocurrieron, cómo ocurrieron, si son constitutivos de delitos y si en este último evento, la responsabilidad penal se encuentra extinguida. Su análisis no puede ir más allá de los aspectos que se han señalado, ya que las características de la audiencia en la cual se admite responsabilidad por el requerido (no hay juicio) no lo permiten. De lo anterior fluye que el error de derecho cometido ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, toda vez que de no existir tal error, el juez habría dictado sentencia condenatoria por lo que el único modo de reparar el perjuicio producido en cuanto a hacer efectivamente la pretensión punitiva del Estado es la anulación del fallo impugnado y de la audiencia en que se pronunció.- Y en el evento que la causal de la letra b) del artículo 373 no fuere acogida, el Ministerio Público fundó su recurso de nulidad en la causal prevista en el artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal puesto que la sentencia impugnada no contiene una completa valoración de los medios de prueba. Explica que la sentencia recurrida en el considerando octavo señala que los antecedentes en que se funda el requerimiento y cuyo análisis se ha realizado en la presente audiencia, resultan insuficientes para tener por acreditada la participación del requerido en

los delitos que se le imputan en el requerimiento y a pesar de que lo cuestionado por el Juez en la participación del requerido, en ninguna parte de la sentencia se indica o analiza que dicha participación, precisamente, es reconocida por el requerido, y en base a ella es que se accede a la posibilidad de resolución inmediata que ofrece el artículo 395 del Código Procesal Penal y si la admisión de responsabilidad o reconocimiento de participación es el requisito para acceder a una resolución inmediata, resulta absolutamente contradictorio que el Juez luego cuestione su acreditación, pues dicho cuestionamiento sólo corresponde efectuarlo en el respectivo juicio simplificado al cual en este caso, no se llegó.

SEGUNDO: Que según lo dispone el artículo 372 del Código Procesal Penal el recurso de nulidad se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley que se contemplan en las letras a) y b) del artículo 373 del mismo cuerpo legal.- En el presente caso se invocó la causal de la letra b), esto es, cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo y se cita como infringida la norma del artículo 395 del Código Procesal Penal.

TERCERO: Que el Libro Cuarto del Código Procesal Penal contempla los procedimientos especiales y su ejecución y en su Título I) se refiere al procedimiento simplificado que se aplica respecto de los hechos constitutivos de delito para los cuales el ministerio público requiriere la imposición de una pena que no excede de presidio o reclusión menores en su grado mínimo y en el artículo 390 contempla la forma como ha de procederse en este caso. Por su parte el artículo 393 dispone que recibido el requerimiento (cuyo contenido se menciona en el artículo 391) el tribunal ordenará su notificación al imputado y citará a todos los intervinientes al juicio y al inicio de la audiencia el tribunal hará una relación breve del requerimiento y si se encuentra presente la víctima instruirá a ésta y al imputado sobre la posibilidad de poner término al procedimiento de conformidad al artículo 241 (acuerdo reparatorio) si ello procediere atendida la naturaleza del hecho punible materia del requerimiento.- Agrega el artículo 395 que efectuado lo anterior el tribunal pre-

guntará al imputado si admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento o si, por el contrario, solicita la realización del juicio. Si aquél admite su responsabilidad en el hecho y no fueren necesarias otras diligencias, el tribunal dictará sentencia inmediatamente y en estos casos aplicará únicamente pena de multa, a menos que concurren antecedentes calificados que justifiquen la imposición de una pena de prisión, los cuales se harán constar en la sentencia.

CUARTO: Que dándose en el presente caso la situación de que el imputado admitió responsabilidad en los hechos materia del requerimiento al juez le correspondía dictar inmediatamente sentencia, como lo señala la norma antes mencionada. Esta circunstancia obliga al Juez examinar el contenido del requerimiento, esto es, la individualización del imputado, el hecho que se le atribuye, tiempo y lugar de comisión y demás circunstancias relevantes, la disposición legal infringida; los antecedentes o elementos que fundamentan la imputación para luego resolver si el hecho es típico o atípico, esto es, si reviste las características de un delito penal o si la responsabilidad penal del imputado se encuentra extinguida y una vez que concluye que se está en presencia de un delito habrá de aplicar la pena de multa o de prisión en su caso. El análisis que debe efectuar el Juez no va más allá de lo señalado precedentemente, de manera que al avocarse éste a la situación si se encuentra o no acreditada la participación del imputado en el hecho materia del requerimiento escapa de las facultades que la ley entrega al juez la norma del artículo 395 del Código Procesal Penal por cuanto, como ya se señaló, admitida por aquél su responsabilidad en los hechos sólo cabe al Juez dictar sentencia imponiéndole o una pena de multa o bien una de prisión según el caso.

QUINTO: Que al no decidirlo así el Juez recurrido se infringió la norma del artículo 395 del Código Procesal Penal, por lo que en la especie se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el artículo 373 letra b) del Código antes mencionado, al haber hecho una errónea aplicación del derecho, que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

SEXTO: Que en atención a que se ha acogido la causal de nulidad antes señalada no se emite pronunciamiento respecto de la causal de nulidad establecida en el artículo 374 letra e) que se interpuso en forma subsidiaria de la anterior.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 373 letra b) y 395 del Código Procesal Penal se ACOGE el recurso de nulidad deducido en lo principal del escrito de fojas 10 y siguientes de esta carpeta por don Alejandro Ríos Carrasco, Fiscal Adjunto del Ministerio Público de Osorno en contra de la sentencia definitiva de fecha dieciocho de enero del año dos mil cinco, que se incorporó a fojas 3 y siguientes de esta carpeta que absolvió a Boris Alejandro Segura Segura de los cargos formulados en el requerimiento de fecha dieciséis de diciembre del año dos mil cuatro, como autor de los delitos de amenazas y hurto, la que se anula como asimismo la audiencia respectiva en la que se dictó y se declara que el tribunal no inhabilitado que corresponda dispondrá la realización de una nueva audiencia en juicio simplificado, fijando día y hora al efecto para llevarla a efecto.

Regístrese, devuélvase.

Redacción del Ministro don Darío Ildemaro Carretta Navea.

Rol N° 31-2005.

- **Declara que la determinación de los hechos es facultad privativa de los jueces del fondo, no siendo revisable esta determinación fáctica por medio del recurso de nulidad.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, argumentando que los jueces valoraron como prueba la declaración del imputado para dar por acreditados el delito y la participación, y sin embargo no acogieron la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal. La Corte rechazó el recurso señalando que, tal como lo ha manifestado la Corte Suprema, a las Cortes, al conocer de recursos de nulidad, les está vedado alterar los hechos fijados por los Tribunales Orales. Ello, porque de no ser así, jueces que no han tenido acceso personal y directo a las pruebas producidas durante el juicio oral, estarían modificando hechos de los que sólo toman un conocimiento mediato, arruinando uno de los pilares fundamentales de la reforma procesal penal. Al respecto recalcó que la decisión de acoger o no la minorante de colaborar sustancialmente al esclarecimiento de los hechos es una cuestión de hecho que debe ser establecida por el tribunal que conoce de los antecedentes, siendo esta tarea una facultad privativa de éste, por lo que de manera alguna se puede infringir la norma establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

Texto completo:

Puerto Montt, diez de marzo de dos mil cinco.

VISTOS:

En estos antecedentes remitidos por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, RUC 0400227735-8 y RIT 39-2004, don Alejandro Gastón Ibáñez Contreras, en defensa del condenado Sergio Fernando Velásquez Villarroel, deduce recurso de nulidad en contra de la sentencia de veinticinco de enero del año en curso, dictada por los Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal antes aludido, doña Neyda Santelices Moreno, don Francisco Javier del Campo Toledo y doña Claudia Olea Tapia y en virtud de la cual se condenó a su defendido a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa, en calidad de autor del delito de robo con intimidación, en grado de frustrado, en perjuicio de Héctor Otey Álvarez, perpetrado en Puerto Montt el 25 de junio de 2004; no se le concede beneficio alguno de los que establece la Ley 18.216, atendida la ex-

tensión de la pena. Funda el recurso en la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Señala el recurrente, en síntesis, que la sentencia en el considerando décimo quinto (erróneamente sostiene decimoséptimo), que habiendo hecho referencia en el fallo de la declaración del acusado Sergio Velásquez Villarroel, como elemento de prueba, es necesario señalar, que si bien el Código Procesal Penal regula los testimonios de los imputados como medio de defensa, erradicando con ello dicha declaración como medio de prueba de confesión, nada impide que, en la medida que el acusado reconozca en el juicio parte o la totalidad de los hechos que le son imputados, el tribunal valore sus dichos como prueba. Lo anterior encuentra su sustento, en el artículo 295 del Código Procesal Penal, que dispone que todos los hechos o circunstancias pertinentes para la solución del caso pueden ser probados por cualquier medio producidos e incorporados de conformidad a la ley, medios que, a su turno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 297 del citado cuerpo legal, pueden ser valorados con entera libertad, siempre que no se contradigan los principios de la lógica, las máxi-

mas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Asimismo, el artículo 340 inciso final del Código Procesal Penal establece que nadie puede ser condenado con el solo mérito de su propia declaración, de lo que sigue necesariamente, que la ley prevé la posibilidad de otorgar valor a la declaración del acusado, con la limitación que por sí misma, no puede sustentar una sentencia condenatoria. Así, la declaración del acusado produce convicción en el tribunal a la hora de establecer el hecho y la participación que tuvo en el ilícito imputado, mas ella no es suficiente para establecer uno y otro elemento en la causa, requiriéndose, además, además como se desprende del citado inciso final del artículo 340 del Código Procesal Penal, otros medios probatorios. Agrega la defensa, no obstante lo señalado, el tribunal oral, al momento de resolver la concurrencia de las circunstancias atenuantes, olvida lo expresado en el considerando ya referido, cambiando diametralmente su posición frente a la declaración del acusado Velásquez Villarroel, afirmando en la segunda parte del considerando decimoséptimo ...En esta contextualidad, la defensa del acusado Velásquez Villarroel, pretende advertir en las declaraciones que prestara éste en la audiencia de juicio, una colaboración sustancial a la acción de la justicia, mas ello no resulta posible, toda vez, que cada uno de los elementos probatorios que han provocado la convicción probatoria del tribunal, respecto de su persona, fueron aportados en su totalidad por el Ministerio Público y recogidos en la etapa de la investigación. Señala, que a la luz de estas consideraciones, podemos evidenciar una contradicción al momento de valorar la concurrencia de la atenuante de colaboración sustancial, toda vez que es el mismo tribunal oral quien da valor probatorio a la declaración del señor Velásquez Villarroel, al señalar que la declaración del acusado produce convicción en el tribunal a la hora de establecer el hecho y la participación que tuvo en el ilícito imputado, mas ella no es suficiente para establecer uno y otro elemento en la causa, requiriéndose, además, como se desprende del citado inciso final del artículo 340 del Código Procesal Penal, otros medios probatorios. De lo anterior, dice la defensa, podemos concluir, que los elementos aportados por el Ministerio Público, sólo constituyen indicios, que por sí solos harían altamente dificultosa la acreditación del delito y la participación del imputado, pero unido a la declaración del imputado,

produce convicción en el tribunal a la hora de establecer el hecho y la participación de éste en el ilícito, lo que le da carácter de sustancial. Agregando, qué mayor colaboración sustancial es aquella que conlleva la autoincriminación de quien la efectúa, pudiendo no efectuarla. En conclusión indica, la colaboración sustancial del imputado ha favorecido claramente la acción de la justicia que de otro modo se vería retardada o altamente dificultada. Manifiesta la defensa, que los jueces del tribunal oral, atendido a sus fundamentos planteados en el considerando decimosexto, (es el considerando décimo séptimo el que se refiere a la atenuante objeto de análisis), efectuaron una errónea aplicación del derecho al no hacer aplicable a favor de Sergio Fernando Velásquez Villarroel la circunstancia atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 N° 9 colaboración sustancial, lo que condujo a una aplicación errada de las reglas contenidas en los artículos 62, 68 y 69 del Código Penal sobre aplicación de penas, lo que tuvo como consecuencia la no aplicación a su favor de los artículos 14 y 15 de la Ley 18.216 sobre salidas alternativas. Concluye solicitando se anule la sentencia definitiva de 28 de enero de 2005, que se reconozca la atenuante contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Penal a favor del acusado, que se condene a Sergio Fernando Velásquez Villarroel a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de robo con intimidación en la persona de don Héctor Otey Álvarez, más accesorias y que se le otorgue el beneficio de la libertad vigilada, contemplada en la Ley 18.216.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, a través del presente recurso de nulidad se pretende la invalidación de la sentencia de veinticinco de enero del año en curso, en virtud de no haberse acogido la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 11 N° 9 del Código Punitivo, esto es, si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, evento que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por cuanto de haberse aceptado tal minorante de responsabilidad el imputado habría sido condenado a una pena inferior a la que se le impuso, pudiendo ella quedar determinada en presidio menor en su grado máximo, más las accesorias legales.

SEGUNDO: Que, estos sentenciadores, frente a las características del presente recurso de nulidad, han estimado necesario y pertinente recordar la ya reiterada jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema en el sentido de que a las Cortes de Apelaciones, conociendo el recurso de nulidad a que se refieren el artículo 372 y siguientes del Código Procesal Penal, les está vedado alterar los hechos que fueron fijados en la sentencia del Tribunal Oral; si así no fuera, señala tal opinión, resultaría que jueces que no han tenido acceso personal y directo a las pruebas producidas durante el juicio oral, estarían modificando hechos de los que sólo toman un conocimiento mediato; con ello se arruinaría lo que ha sido uno de los pilares fundamentales sobre los cuales descansa la nueva reforma procesal penal, cual es el principio de la inmediatez.

TERCERO: Que, en el presente caso los hechos se establecieron en el fundamento duodécimo del fallo que se estudia, los que dan cuenta de una situación de flagrancia, igual cosa ocurre al dejar establecida la participación del imputado en la reflexión decimocuarta, ya que se puede advertir en el fallo, el Tribunal del Juicio Oral no dejó establecido como hecho de la causa el que el imputado haya colaborado substancialmente al esclarecimiento de los hechos, por el contrario en su considerando decimoséptimo establece que cada uno de los elementos probatorios que han provocado su convicción de condena respecto del imputado fueron apuntados por el Ministerio Público y recogidos en la etapa de investigación.

CUARTO: Que, así las cosas, la decisión respecto del acogimiento o no de la minorante de si se ha colaborado substancialmente al esclarecimiento de los hechos se traduce en una cuestión de hecho que debe ser establecida por el tribunal que conoce de los antecedentes y en consecuencia, constituyendo esta tarea una facultad privativa de los jueces de la instancia no puede prosperar el recurso de nulidad interpuesto a fs. 10 de esta carpeta, toda vez que de manera alguna se ha infringido la norma establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

Por estas consideraciones, y visto además lo dispuesto en los artículos 360, 372, 373 letra b) y 376 del Código Procesal Penal, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto a fs. 10 de esta carpeta en contra de la sentencia de veinticinco de enero del presente año, escrita a fs. 1 y siguientes de estos antecedentes, y se declara, en consecuencia, que ella no es nula.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redactó la Ministra doña Teresa Inés Mora Torres.

Pronunciada por los Ministros doña Teresa Inés Mora Torres, don Jorge Ebensperger Brito y don Hernán Crisosto Greisse.

No firma la Presidenta doña Teresa Mora Torres, no obstante haber concurrido a la vista, acuerdo de la causa y redacción del fallo, por encontrarse en comisión de servicio.

Rol N ° 47-2005-R.P.P.

- **Acoge recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho interpuesto por el Ministerio Público en contra del fallo que absolvió al imputado del delito de desacato reiterado fundado en una supuesta falta de requisitos para su configuración.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Punta Arenas.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado por el delito establecido en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, en voto dividido, absolvió al imputado estimando que si bien los hechos habían sido acreditados, éstos no configuraban el delito de desacato. Ello, porque este delito exigiría que las resoluciones judiciales se encuentren cumplidas al momento de ser desobedecidas, y éstas se encontrarían cumplidas cuando el Juez de la causa civil adoptare las medidas tendientes a hacer cumplir lo ordenado ante un desobedecimiento, siendo recién entonces cuando se lograría el cumplimiento real y efectivo del mandato judicial, pasando el desobedecimiento a ser el quebrantamiento exigido por el desacato. La Corte acogió el recurso señalando que la ley 19.325 contempla obligaciones de hacer y de no hacer. Tratándose de una infracción a una obligación de hacer, es posible aplicar el inciso primero del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, o el artículo 238 del mismo código, o el artículo 6º de la ley 19.325. Sin embargo, en las obligaciones de no hacer, en que se debe atender a la abstención de ejecutar lo prohibido durante el tiempo establecido por el tribunal, resultan innecesarias medidas tendientes a dejar sin efecto lo hecho en contravención a lo ordenado, pues no existirá la obligación, resultando aplicable, entonces, el inciso 2º del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. Hechas las distinciones, el fallo de la Corte declaró que los jueces de la causa incurrieron en una errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia al absolver al imputado, porque éste infringió una resolución judicial que le imponía una prohibición decretada por un juez civil, conforme lo autoriza la ley sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar, y este error, atendidos los hechos que se tuvieron por probados en el juicio oral, influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que la sentencia debió ser condenatoria.

Texto completo:

Punta Arenas, uno de abril de dos mil cinco.

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha treinta de marzo de dos mil cinco, ante la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, de esta ciudad, constituida por los Jueces Señores, Luis Enrique Álvarez Valdés, Presidente, Jovita Soto Maldonado y Beatriz Antonia Ortiz Aceituno, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral relativa a la causa RUC Nº 0300185907-1, Rol interno del Tribunal Nº 11-2005, seguida en contra de **MANUEL CANDELARIO GUERRERO BAHAMONDE**, cédula de identidad Nº 5.872.873-K, gáster, casado, 56 años, domiciliado en calle Millaray Nº 579, Punta Arenas.

Fue parte acusadora el Ministerio Público, representado por el Fiscal señor Felipe Aguirre Palavicini, domiciliado en calle José Menéndez Nº 900, de Punta Arenas.

La defensa del acusado estuvo a cargo de la abogada de la Defensoría Penal Pública doña Gustavo Aguilar Moraga, domiciliada en Avenida Colón 1106, de esta ciudad.

SEGUNDO: Los hechos materia de la acusación son los siguientes: 1) El día 20 de noviembre de 2003, alrededor de las 17:30 horas y en circunstancias que doña Silvia Tureuna Gallardo se encontraba en el interior de su domicilio ubicado en calle Millaray Nº 579 de esta ciudad, el acusado se dirigió hasta dicho lugar e intentó hacer ingreso al mismo, a pesar de existir una medida de protección decretada a favor de la señora Tureuna Gallardo en

causa Rol N° 1.887 de 2003, por violencia intrafamiliar del Tercer Juzgado de Letras de Magallanes a través de la cual se prohibía expresamente el ingreso y aproximación en un radio de 200 metros al señalado lugar. 2) el día 25 de noviembre de 2003, alrededor de las 03:00 horas y en circunstancias que doña Silvia Tureuna Gallardo se encontraba en el interior de su domicilio ubicado en calle Millaray N° 579 de esta ciudad, el acusado se dirigió nuevamente hasta dicho lugar e hizo ingreso al mismo contra la voluntad de su ocupante, a pesar de existir una medida de protección decretada a favor de ésta en la causa Rol N° 1.887 de 2003, por violencia intrafamiliar del Tercer Juzgado de Letras de Magallanes y por la que se prohibía expresamente al acusado el ingreso y aproximación en un radio de 200 metros al señalado lugar.

En ambos casos el acusado fue sorprendido por personal de Carabineros de Chile quienes procedieron a su detención. Hace presente el Ministerio Público que la medida de protección fue ordenada con fecha 19 de noviembre de 2003 y notificada personalmente al acusado el día 20 de noviembre del mismo año en horas de la mañana.

La Fiscalía Local de Punta Arenas calificó estos hechos como constitutivos del delito de desacato reiterado, previsto y sancionado en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

Manifiesta que en la especie no concurren circunstancias atenuantes de responsabilidad penal. Considerando la reiteración solicita se aplique el artículo 74 del Código Penal, por resultar más favorable al acusado, y en virtud de dicha norma sancionarlo con dos penas de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, más penas accesorias, con costas.

TERCERO: En sus alegatos de apertura y clausura el Ministerio Público señala que las resoluciones judiciales son la manifestación externa del derecho que se va creando a diario por los Tribunales de Justicia es la forma de concreción de lo establecido en el artículo 73 de la Constitución Política, en cuanto a que existen órganos jurisdiccionales llamados a determinar un derecho concreto y además de hacerlas cumplir, y que de esta manera no se transformen en meros actos formales que no tengan una concreción en la vida real. Lo más nefasto que puede ocurrir es que las resoluciones judiciales sean violentadas, desconocidas, por las personas a

que van dirigidas, ya que esto hace caer todo el andamiaje jurídico basado en los principios básicos que establece la carta política. Expresa que en el desacato lo relevante no es una persona determinada, sino la indemnidad de la fuerza coactiva que tienen las resoluciones judiciales, de tal forma que deben ser respetadas por todos los integrantes de una sociedad, y que no admiten excepción en cuanto a su cumplimiento. En el caso concreto, motivo de este juicio hay otro aspecto relevante cual es proteger a una persona determinada. Es la ley de violencia intrafamiliar la que autoriza a decretar medidas precautorias. En el caso concreto se vulneró una medida precautoria, el acusado desconociendo un mandato judicial quebrantó lo que el Tribunal había ordenado, en dos oportunidades, sabiendo que se encontraba vigente la orden del tribunal. Agrega que la mayoría de la doctrina sostiene que el denunciado debe estar notificado, esto es, tiene que haberlo.

CUARTO: La defensa del acusado señala que coincide con la Fiscalía en cuanto a que las resoluciones judiciales deben cumplirse. Pero lo que hay que resolver es si el incumplimiento que se atribuye a su representado es constitutivo del tipo penal contemplado en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil y mas específicamente el inciso segundo de dicha disposición. Cabe preguntarse cuál es la figura penal en análisis es en verdad su representado autor del delito de desacato previsto y sancionado en la referida disposición o por el contrario se limitó a incumplir una medida precautoria transitoria decretada en una causa por violencia intrafamiliar. Expone que el artículo 6 de la Ley de violencia intrafamiliar establece una figura absolutamente autónoma y es más el legislador al establecer la sanción a un eventual incumplimiento da la solución al tema. Así el artículo 6 no dice que incurre en el delito de desacato, dice que el incumplimiento de cualquier medida precautoria será sancionado en la forma establecida en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. Se refiere a un incumplimiento que no es constitutivo de desacato el que será sancionado en la forma establecida en el artículo 240 del código citado. Es más, el bien jurídico protegido con las medidas precautorias es la integridad física y psíquica de la víctima o de su grupo familiar. En cambio lo que se persigue con la figura del desacato es la indemnidad de la justicia,

mantener o asegurar el estado de derecho. Luego se refiere a situaciones de hecho: dice que luego de haberse decretado las medidas precautorias en noviembre de 2003, a partir de enero de 2004 el acusado regresó al hogar quedando constancia en la respectiva causa, la que terminó por avenimiento de las partes. Solicita la absolución de su defendido y para el evento que el Tribunal considere que ha incurrido en el delito de desacato alega en su favor las atenuantes de irreprochable conducta anterior y la reparación celosa del mal causado. En la clausura sostiene que tal vez podríamos estar en presencia de una figura penal en blanco.

QUINTO: Que el Ministerio Público rindió prueba, a fin de acreditar los fundamentos de su acusación y la participación del acusado, pruebas que a continuación se analizan y valoran con entera libertad, según lo permite el artículo 297 del Código Procesal Penal.

Declaración de la víctima **Silvia del Carmen Tureuna Gallardo** quien en lo medular manifiesta que denunció a su marido por violencia intrafamiliar, obteniendo del tercer Juzgado de Letras de esta ciudad una medida de protección que le impedía al acusado ingresar a su domicilio. Dice que en una oportunidad éste entró quedándose sentado en la parte delantera de la casa. Su hijo trataba de pararlo para que se vaya del lugar. Luego llegaron los carabineros porque ella los llamó y procedieron a llevárselo. Agrega que a los días siguientes el acusado entró por la puerta de atrás de la vivienda que había quedado abierta y se sentó en el comedor, pidiendo comida porque tenía hambre. Dice que a fin de dar cumplimiento con la ley volvió a llamar a carabineros para que lo sacaran del domicilio. Acopta que en las dos oportunidades estaba bien curado. Amenazaba con que iba a quemar la casa. Señala que la última vez que concurrió al Juzgado a hablar con la señora Andrea, fue para que quedara constancia que ella le permitía que volviera a la casa, ya que quiso darle una oportunidad a su cónyuge.

Dichos del funcionario de carabineros **Bernardo Armando Ojeda Aros**, quien notificó al acusado personalmente de la medida de protección otorgada por el Tribunal a la cónyuge de éste, y por medio de la cual se le prohibía el ingreso al domicilio y acercarse a una distancia de 200 metros. La diligencia la practicó en la Primera Comisaría, el día 20 de noviembre a las 8,15 horas aproximadamen-

te, firmando el acusado la diligencia respectiva. Reconoce al imputado en la audiencia.

Atestado del funcionario de Carabineros **Ismael Enrique Hurtado Cornejo**, quien el 20 de noviembre de 2003 se encontraba de servicio de segundo turno en la población acompañado de la Teniente Vera. Pasadas las 17 horas CENCO le informó de un procedimiento, por lo que tuvieron que trasladarse al domicilio de calle Millaray, cuando iban llegando al lugar aparece una señora que dijo que ella había llamado ya que su esposo había ingresado a su domicilio a pesar de tener prohibición de ingreso, decretada por el Tribunal. Señala que al llegar al lugar un joven que era su hijo lo tenía afirmado de un brazo en el antejardín entre la casa y la reja. El acusado estaba tranquilo, pero bajo los efectos del alcohol. La señora exhibió el documento que le otorgaba la medida de protección, por lo que la teniente Vera solicitó la concurrencia de los carabineros asignados al lugar. La orden era del Tercer Juzgado de letras de esta ciudad por violencia intrafamiliar. Tenía conocimiento que al acusado se le había notificado la medida precautoria, además sabía que en la mañana había sido trasladado a la unidad policial ya que había intentado entrar al domicilio señalado. Reconoce al acusado.

Testimonios de los funcionarios aprehensores de Carabineros **Rafael Silva Venegas y Julio Peña Mena**, quienes se encontraban en noviembre de 2003 realizando el segundo turno en la población. Al llegar al pasaje Millaray recibieron un comunicado de la Teniente Vera que les solicitaba cooperación en el mismo pasaje, por lo que se constituyeron a las 17:30 horas en el lugar donde estaba la Teniente, además el cabo Hurtado y otra persona que resultó ser el hijo tenía retenido a un individuo en el antejardín del domicilio. Se enteraron de la orden judicial que le prohibía el ingreso. Dice que esta persona tenía conocimiento de la orden ya que en la mañana había sido detenido por el mismo hecho. Profería amenazas como que se iba a vengar, que iba a quemar la casa. Luego procedieron a llevarlo detenido a la Unidad. Reconocen al acusado.

Dichos de los funcionarios de Carabineros **Carlos Daniel Antimán Muñoz y Ricardo Antonio Carrillos Cárdenas**, los que el 25 de noviembre de 2003 se encontraban en el tercer turno junto a la Teniente Vera. Cerca de las tres de la mañana los llamó la Central de Comunicaciones a fin de que

constituyeran en el domicilio de Millaray N° 579. Al llegar Antimán observó que la puerta de ese domicilio estaba entreabierta. Al lugar ingresaron Antimán y la Teniente Vera. En el interior según el primero de los declarantes había un señor en el living, bastante mojado por la lluvia, advirtiendo señales de fuerza en la puerta. ya que lo manifestó la dueña de casa y además así se constató al examinar la puerta. La señora le mostró la orden de prohibición de ingreso al domicilio emanada de un Tribunal, la que estaba vigente. Ambos indican que días anteriores hubo un procedimiento por los mismos hechos. El sujeto tenía hálito alcohólico, según Antimán. Agrega este último que unos niños lloraban. Ambos reconocen al acusado.

Atestado de la Teniente de Carabineros **Paulina Andrea Vera Garrido**, la que el 24 de noviembre se encontraba de jefa en el tercer turno. Dice que a las tres de madrugada aproximadamente fue alertada por CENCO para concurrir al domicilio de calle Millaray 579 a fin de hacerse cargo de un procedimiento en que una persona había ingresado al domicilio indicado en circunstancia que tenía prohibición de ingreso. Dice que recordaba el caso porque el 20 del mismo mes se había adoptado el mismo procedimiento. Verificó que la puerta estaba forzada. En el interior de la casa estaba el acusado mojado sentado en un sillón y en aparente estado de ebriedad. El acusado manifestó que nada estaba haciendo, que esa era su casa, y que ahora vendría la venganza. Señala que el acusado había sido notificado el 20 en la mañana. El sujeto amenazaba con quemar la casa.

Los dichos de todos deponentes se perfilan como confiables del momento que en lo sustancial tales como las circunstancias de espacio y tiempo de los sucesos son coincidentes entre sí.

Además dichos testimonios, en lo que se refiere a la existencia de una causa de violencia intrafamiliar en la que se decretaron medidas precautoria, y el conocimiento que de ellas tenía el acusado concuerda plenamente con la prueba documental incorporada al juicio por el Ministerio Público, y que es la siguiente: **1)** resoluciones de fechas 11 y 19 de noviembre de 2003 del Tercer Juzgado de Letras de Punta Arenas, dictadas en la causa Rol 1.887-03, sobre violencia intrafamiliar. En ellas se decreta en favor de la denunciante señora Silvia Tureuna Gallardo la medida precautoria de prohibición de

ingreso al domicilio de calle Millaray N° 579, en un radio de 200 metros, bajo apercibimiento del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. Además se decretó rondas preventivas en el domicilio con el fin de evitar el ingreso o el acercamiento al lugar, todo ello hasta el 11 de enero de 2003. Cita a comparendo a las partes. Se ordenó el cumplimiento por Carabineros. Además autoriza a Carabineros para que asista al denunciado a fin que retire sus efectos personales. **2)** Oficio N° 2.651 de 19 de noviembre de 2003 del Tercer Juzgado de Letras de esta ciudad, solicitando a carabineros la notificación de la resolución que decreta las medidas precautorias y que cita a comparendo, y que personal de Carabineros dé fiel cumplimiento de la medidas decretadas. **c)** Informe de Carabineros al Tercer Juzgado de Letras, indicando que el acusado fue notificado personalmente el 20 de noviembre de 2003 a las 08:15 horas, y que la orden había ingresado a la pauta de patrullaje para que se efectúen rondas preventivas. **d)** Certificado de la señora Secretaria del Tercer Juzgado de Letras, que da cuenta de la notificación al acusado de la medida precautoria y de la fecha del comparendo.

Dicha prueba es acogida plenamente por lo expresado anteriormente y además por no resultar controvertida por la defensa.

También el Ministerio Público incorporó extracto de filiación y antecedentes del acusado, en el cual se registra una condena del año 1969 por el delito de homicidio. Y en la sección correspondiente a actos de violencia intrafamiliar, se deja constancia que no registra anotaciones. Documento que igualmente se valora, por no haber merecido reparos por parte de la defensa.

SEXTO: Que este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, con la prueba relacionada y valorada en el considerando anterior tiene por acreditados más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos:

1) El día 20 de noviembre de 2003, aproximadamente a las 17:30 horas Manuel Candelario Guerrero Bahamonde se dirigió hasta el domicilio de su cónyuge doña Silvia Tureuna Gallardo ubicado en calle Millaray N° 579 de esta ciudad, e intentó hacer ingreso al mismo, a pesar de existir una medida de protección decretada a favor de la señora Tureuna en la causa Rol N° 1887 de 2003, por violencia intrafamiliar del Tercer Juzgado de Letras de Magallanes por medio de la cual se le prohibía el

ingreso y aproximación en un radio de 200 metros al señalado lugar, medida que se le había notificado el mismo día a las 08:15 horas. Lugar desde donde fue sacado por carabineros, quienes concurrieron al lugar por llamado de la señora Tureuna.

2) El día 25 de noviembre de 2003, aproximadamente a 03:00 horas y en circunstancias que doña Silvia Tureuna Gallardo se encontraba en el interior de su domicilio ubicado en calle Millaray N° 579 de esta ciudad, Guerrero Bahamonde ingresó a dicho domicilio, sin la voluntad de su ocupante, a pesar de existir una medida de protección decretada en la causa Rol N° 1887 de 2003, por violencia intrafamiliar del Tercer Juzgado de Letras de Magallanes y por la que se prohibía expresamente al acusado el ingreso y aproximación en un radio de 200 metros al señalado domicilio. Medida que se le había notificado el 20 de noviembre a las 08:15 horas. Desde dicho lugar fue sacado por carabineros, quienes concurrieron por un llamado de la señora Tureuna.

3) Que en la referida causa no fue condenada Guerrero Bahamonde, y que a partir de enero de 2004 vive con su cónyuge doña Silvia Tureuna Gallardo.

SÉPTIMO: Que los hechos descritos en los números uno y dos del considerando precedente no configuran el delito de desacato previsto y sancionado en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, y es por ello que en el veredicto leído al término de la audiencia se dio a conocer la decisión absolutoria a favor de Manuel Candelario Guerrero Bahamonde.

Para dicha decisión absolutoria se tuvo en consideración que la figura delictiva que contempla el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, surge cuando se quebranta una resolución judicial, ya cumplida. Ello por cuanto el referido artículo forma parte del Título XIX del Libro 1° del Código aludido, y que se denomina "De la ejecución de las resoluciones", estableciéndose los requisitos y formas de cumplimiento de las resoluciones judiciales civiles. Una de las formas de obtener la ejecución es a través de un procedimiento incidental ante el mismo tribunal que la dictó, dentro del plazo que señala la Ley. El artículo 238 del referido Código se coloca en la situación que la resolución que se trata de cumplir no esté comprendida en el artículo 233, y en este caso le otorga al juez de la causa las facultades

para dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas o arrestos determinados prudencialmente, pudiendo repetir el apremio. De la forma y por los medios contemplados en el ordenamiento civil, es posible obtener que una resolución judicial quede en el estado de cumplida o ejecutada.

Antes que la resolución judicial adquiera el carácter de cumplida, toda conducta contraria a ella, implica un desobedecimiento al mandato judicial, pero en ningún caso configura el delito de desacato, ya que esta figura delictiva requiere como lo dice el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, que una resolución judicial se encuentre cumplida. Según el profesor René Jorquera López, "una vez cumplida una resolución, el Tribunal tiene facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado, porque como es lógico, el Juez debe velar porque se mantenga la ejecución de lo resuelto".

Ahora bien, la Ley N° 19.325 establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar, otorgando competencia a los jueces civiles para conocer de los conflictos que dé origen la comisión de dichos actos. En la letra h) del artículo 3 se otorga al juez civil facultades para obtener el cumplimiento de las medidas precautorias que decreta, remitiéndose al artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, incluyendo la de decretar el auxilio de la fuerza pública, con las facultades de allanamiento y descerrajamiento, si fuere necesario. Es precisamente en esta etapa de cumplimiento, en la que el Juez ante el desobedecimiento del mandato judicial, deberá adoptar las medidas tendientes a lograr la ejecución o cumplimiento.

No basta con el apercibimiento del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil decretado en la primera resolución judicial, cuyo texto fue incorporado en la audiencia, y ello porque el inciso primero de dicho artículo, hace referencia a una resolución cumplida, esto es, si el Juez de la causa civil hubiera adoptado las medidas tendientes a dicho cumplimiento ante el desobedecimiento de la resolución judicial por parte del destinatario de aquella. Es en ese instante cuando se logra el cumplimiento real y efectivo del mandato judicial, el desobedecimiento se transforma en quebrantamiento dando lugar a la figura delictiva de desacato.

Que además deben tenerse en consideración los documentos consistentes en dos resoluciones del tercer Juzgado Civil de esta ciudad. En ellas aparece claro que la intervención de la Policía de carabineros, es para notificar al denunciado de violencia intrafamiliar de la medida decretada, para la asistencia al comparendo fijado para el 19 de noviembre de 2003, y para realizar rondas preventivas a fin de impedir el ingreso del acusado al domicilio de su cónyuge.

Lo cierto es que en las dos oportunidades que el acusado fue detenido por Carabineros, lo fue por desobedecimiento a una orden judicial, sin que se hubiera adoptado por la instancia civil las medidas tendientes a que la resolución judicial quedara ejecutada o cumplida.

OCTAVO: Que al no resultar acreditada la comisión del ilícito materia de la acusación, no corresponde referirse a la participación de Manuel Guerrero Bahamonde.

NOVENO: Que resulta de interés dejar establecido, que al poco tiempo de haberse decretado las medidas precautorias a favor de la señora Tureuna (20 de noviembre de 2003), ésta y su cónyuge concurrieron al Tribunal que las había decretado, a fin de que quedara constancia que la denunciante de violencia intrafamiliar accedía a darle una oportunidad al denunciado en dicha causa, reintegrándolo al hogar común, lo que se materializó a partir de enero de 2004 y que actualmente se encuentran viviendo juntos. Y ello explica el hecho que no aparezca condena por actos de violencia intrafamiliar en el extracto de Guerrero Bahamonde.

Por estas consideraciones y lo dispuesto además en los artículos 1, 2, 3 295, 296, 297, 339, 340, 343, 347, 468 del Código Procesal Penal, artículo 238, 240 del Código de Procedimiento Civil; 3 y 6 de la Ley N° 19.325 sobre Violencia Intrafamiliar, **SE DECLARA:**

I QUE SE ABSUELVE a **MANUEL CANDELARIO GUERRERO BAHAMONDE**, ya individualizado, de la acusación del Ministerio Público que lo sindicaba como autor del delito reiterado de desacato, cometido en esta ciudad los días 20 y 25 de noviembre de 2003.

II. Se condena en costas al Ministerio Público.

Comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Punta Arenas para que este proceda a su cumplimiento.

Acordada con el voto en contra del magistrado señor Álvarez Valdés, quien fue de parecer condenar al acusado GUERRERO BAHAMONDE como autor de los delitos reiterados de desacato previstos y sancionados en el inciso 2° del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. Teniendo para ello presente:

PRIMERO: Que en parecer de este autor de minoría se debe hacer un análisis del precepto en comento. Examen que primeramente se dirige a dilucidar tres elementos básicos del delito de desacato: a).- cuál es la acción que efectivamente se penaliza; b).- desde qué momento se debe entender cometida *esta acción ilícita* denominada desacato; y c).- cuál es el bien jurídico protegido. Sólo una vez despejadas estas interrogantes es posible entrar al análisis de la prueba recibida por el Tribunal en la audiencia del juicio oral, y sopesar la misma a fin de precisar si las acciones inequívocamente desplegadas por GUERRERO BAHAMONDE los días 20 y 25 de noviembre del año 2003, son típicamente antijurídicas y culpables.

SEGUNDO: Que el artículo 240 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, fue ubicado por el legislador en el Título XIX: “De la ejecución de las resoluciones judiciales” y en su párrafo 1 se trata de las “resoluciones pronunciadas por tribunales chilenos”. En este sentido, se debe desde ya desechar el argumento de la defensoría penal pública en el sentido que en conformidad a la naturaleza de la resolución impugnada, el cúmulo de acciones ejecutadas por el acusado, sólo sería susceptible de una mera infracción o desobediencia y no de un desacato. En parecer del autor de minoría el Código de Procedimiento Civil establece distintos tipos de resoluciones, a todas las cuales el imperio del derecho les otorga la cualidad de la obligatoriedad del cumplimiento de su contenido. Esta es precisamente la diferencia entre las resoluciones adoptadas por entes que no poseen imperio y aquellos que sí lo poseen, como es el caso del Poder Judicial, cuyas resoluciones (todas ellas y no excluyentemente las sentencias definitivas) tienen la esencial característica que pueden ser cumplidas, incluso, por medio del auxilio de la fuerza pública. Además, la Defensa, hace la distinción entre resoluciones que reconocen situaciones de carácter permanente y aquellas consagrarían situaciones temporales, de acuerdo a este juez, ello no aparece de la lectura de la Constitución Política y de la ley. Sin

perjuicio que, y sin entrar a ese análisis, de acuerdo con la lógica, conceptuar como de “efectos temporales”, lo ordenado por el señor Juez del Tercer Juzgado de Letras de esta ciudad en su resolución de 19 de noviembre del año 2003, considerando el plazo de vigencia de la misma, puede resultar intelectualmente un equívoco.

TERCERO. Que lo anterior nos lleva a cavilar cuál es el sentido y alcance del imperio de la ley y de los tribunales de justicia y su vinculación al Estado de Derecho. En este sentido, el desacato es una consagración legal destinada precisamente al afianzamiento del ordenamiento jurídico positivo y de las resoluciones dictadas conforme a él, de manera que su cumplimiento efectivo no quede sujeto a los arbitrios, o a los subjetivismos de cada individuo.

Así se entiende, por ejemplo, el claro tenor del artículo 231 del Código de Procedimiento Civil, cuando dice: “La ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hayan pronunciado. Es dable, entonces, concluir que al momento de escriturarse el artículo 240 del Código ya señalado, no puede sino entenderse que dicho precepto se refiere al cumplimiento de cualquier tipo de resolución. Consecuentemente -en la convicción de este juez- el legislador no consagra la diferencia entre resoluciones que reconocen situaciones de carácter permanente y aquellas que lo hacen respecto de medidas procesales de entidad transitoria. Es dable agregar que tanto unas y otras resuelven cuestiones del orden jurídico, en cuya virtud lo controvertido son derechos y obligaciones de individuos, en la especie el antecedente próximo del desacato es el amparo de la integridad física y psíquica de la denunciante.

CUARTO: Que analizando la acción que efectivamente se penaliza. Se debe, entonces e inicialmente, determinar en qué momentos una resolución judicial se encuentra debidamente “cumplida”. Dicha circunstancia no puede ser otra sino cuando lo ordenado por el Tribunal ha quedado debidamente perfeccionado por medio de la notificación de la resolución y de su acatamiento y consumación. Así cuando se ordena el desalojo de una propiedad, estará cumplido una vez notificada y desocupado el inmueble. En la especie la resolución de 19 de noviembre del año 2003, estaba cumplida desde el momento en que se notificó a las 08:15 horas del

día 20 de ese mismo mes y año, al haber estado efectivamente el acusado a más de 200 metros de la propiedad de la denunciante. En este sentido la resolución incorporada por el Ministerio Público por medio de su lectura es clara, al señalar en su contenido que GUERRERO BAHAMONDE debía abstener de esa determinada conducta, y adiciona que este deber de inhibición, lo es bajo el apercibimiento del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

QUINTO: Que de acuerdo a ello, y sumado a los testimonios de los funcionarios de Carabineros de Chile a cargo de su notificación, esta fue con el carácter de personal y conjuntamente con la entrega de una copia de la resolución judicial. De lo que se concluye que el imputado tuvo perfecto conocimiento en cuanto a que no debía acercarse al domicilio de su cónyuge, como asimismo, que de hacerlo e infringir la prohibición, dicha conducta podría ser constitutiva del delito de desacato. Más aún: **GUERRERO BAHAMONDE efectivamente dio cumplimiento a la resolución** desde el momento en que, una vez notificado, se alejó de la zona de prohibición contenida en la decisión judicial. Debe asimismo hacerse hincapié en el hecho que la orden consideraba la posibilidad que **GUERRERO BAHAMONDE** concurriera, acompañado con personal de Carabineros, a retirar su ropa del domicilio, lo que evidencia la gravedad que su presencia revestía para la seguridad de la denunciante, y la magnitud de la prohibición impuesta por el señor juez del Tercero Juzgado de Letras de esta ciudad, lo que puede llevar, en concepto de este sentenciador, a concluir que el decreto se bastaba a sí mismo en cuanto a la comprensión de su contenido.

SEXTO: Que el legislador, una vez establecida la consumación del contenido de la resolución, precisa el accionar propiamente antijurídico y culpable. Previamente el inciso primero de la norma precisa las facultades del tribunal para decretar medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado. Y en su inciso segundo establece el accionar doloso: “El que quebrantaré lo ordenado cumplir será sancionado con....” Entonces, surge la reflexión en torno a qué es lo “ordenado cumplir”.

Para este juez, la expresión se refiere a toda resolución que se encuentra ya cumplida, o dicho en otros términos, a las situaciones en que lo orde-

nado o resuelto en una resolución judicial, ha sido consumado de formas tales, que la situación originalmente controvertida o statu quo, ha sido modificado efectivamente en los hechos. En la especie, no resulta discutible que el acusado **cumplió** la resolución que lo obligaba a permanecer a cierta distancia del domicilio de su cónyuge. Y que luego, estando **previamente notificado y apercibido** (consumado ya el alejamiento) ingresó en dos oportunidades distintas al domicilio cuyo acceso tenía prohibido. En este sentido resulta del todo inoficioso, incluso si era con el consentimiento explícito o aparente de la denunciante, por cuanto, de acuerdo con las máximas de la experiencia, la idiosincrasia de las víctimas de violencia familiar ha revelado que ésta las abate en un espiral psicológico de imposible solución sin la intervención de terceros. Quedando lo anterior de manifiesto, cuando doña Silvia Tureuna Gallardo declaró ante el Tribunal, momentos en que evidenciaba nerviosismo y temor, pero lo que más llamó la atención a este juez, fue que en sus palabras, gestos y muecas de risa, intentaba mitigar la violencia física, emocional y psíquica que padeció por parte del imputado, misma intimidación que la llevó a denunciar (por consejo de una tercera, como reconoce en sus dichos) su precaria situación.

Esto reviste gravitante importancia desde el momento que en el nuevo proceso penal, "Testigo es quien... debe dar a conocer sus percepciones sobre los hechos ante el juez por medio de una declaración" (Claus Roxin). Para el autor de este voto (en uso de la valoración de la prueba hecha en conformidad a la ley) la percepción emocional de Silvia Tureuna Gallardo, se encuentra afectada, desde el momento en que para la recuperación de su integridad emocional ha requerido la mediación de terceras personas, y que la llevó a llamar a Carabineros a fin que con su auxilio, el acusado fuera sacado de su hogar, ello por el miedo que le provocaba, reconocido por ella como alguien violento cuando se "emborrachaba".

De lo anterior se colige la intrascendencia procesal que tiene la circunstancia que al tiempo de la audiencia del juicio oral, la denunciante haya cobijado en su hogar al acusado.

SÉPTIMO: Que en cuanto al segundo elemento, esto es, desde cuándo se debe entender consumada la acción del desacato, la ley es explícita al

decir que este es un "quebrantamiento" de lo cumplido. Por lo tanto resulta más allá de toda duda razonable el que el acusado los días 20 y 25 de noviembre del año 2003, quebrantó, es decir, desobedeció, incumplió, transgredió la orden dada por el Tribunal, misma que le fue notificada, ya bajo el apercibimiento legal. De lo anterior no puede sino desprenderse, para este sentenciador de minoría, que objetivamente el acusado desacató la orden perentoria del Tercer Juzgado de Letras de esta ciudad, desde el instante que cumplida, procedió a ejecutar acciones que no pueden sino ser calificadas como realizadas en "contravención a lo ejecutado". Así no era necesario un nuevo emplazamiento o apercibimiento, por cuanto ya se había satisfecho el requisito legal del inciso segundo.

Consecuencialmente el acusado los días 20 y 25 de noviembre del año 2003, más allá de toda duda razonable, quebrantó "lo ordenado cumplir". Esto, sin perjuicio de los análisis doctrinarios del tipo penal, es una cuestión que lleva a cavilar sobre la esencia del juicio oral, cuando el Código Procesal del Ramo, expresa al Juez que al formar su convicción de absolución o condena debe hacerse (entre otros elementos) teniendo presente la lógica. En el caso en estudio, la secuencia lógica de los hechos (como se asientan en el considerando respectivo de este fallo) es palmaria y demostrativa, que los actos imputados al acusado, probados en las audiencias del juicio oral, lo fueron una vez cumplida una resolución judicial.

OCTAVO: Que, y por último, queda reflexionar sobre el elemento basal de todo delito: su objeto jurídico protegido. En este orden de materias, la Excma. Corte Suprema con fecha diecisiete de diciembre de dos mil tres, expresó, conociendo de un recurso de amparo, en cuya discusión precisamente se debatía la existencia o no de un posible desacato, que "al resolver la materia sub judice la Corte está obligada a resguardar las bases esenciales de la jurisdicción nacional, una de las cuales es la del imperio que le reconocen los artículos 73 de la Carta Fundamental y 11 del Código Orgánico de Tribunales, que impide absolutamente al destinatario o sujeto de los dictámenes judiciales entrar a calificar o apreciar el mérito o demérito de los que se decreta, como si la soberanía que el Estado en estas materias detenta, estuviera sujeta a su venia".

Ahora bien, cuando el diecinueve de noviembre del año dos mil tres, el señor Juez del Tercero Juzgado de Letras de esta ciudad, dictó una resolución tendiente a que GUERRERO BAHAMONDE se inhibiera de acercarse al domicilio y a la persona de la denunciante Silvia Tureuna Gallardo, lo hizo en uso de sus facultades legales, en especial de aquella contenida en la denominada Ley de Violencia Intrafamiliar, Ley N° 19.325. Normativa que en su artículo 3 letra h), le entrega la potestad tendiente a dictar medidas de amparo a favor de quien aparece como víctima de los hechos, cuando se reúnen los requisitos legales. A su vez el artículo 6 de la mencionada Ley, entrega otras atribuciones a los jueces de la sede civil, para el caso que se cometan algunos de los ilícitos del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

NOVENO: Que de esta manera queda establecido que las acciones desplegadas por el acusado GUERRERO BAHAMONDE pueden ser subsumidas en el concepto de desacato y no como un mero incumplimiento, concepto este último que no se desprende de la lectura del artículo 6 de la Ley 19.325, por cuanto el así llamado “mero incumplimiento”, sólo es factible de producirse en el tiempo que media desde la resolución y hasta el momento que una vez notificada, ha sido cumplida. Siendo, en concepto del autor de la minoría, la manera lógica (artículo 297 del Código Procesal Penal) de entender el texto legal, cuando prescribe: “El incumplimiento de cualquier medida precautoria decretada por el tribunal, será sancionada en la forma establecida en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil...”, en la especie esos “incumplimientos” ya se habían consumado, toda vez que la resolución **estaba debida y totalmente cumplida**. Advertiéndose desde ya que se está en una situación diversa, incluso a la esgrimida por la señora Defensora, al momento de citar jurisprudencia sobre la materia.

En efecto, el acusado ejecutó un hecho tendiente a deshacer, a destruir, a revertir un statu quo ya existente a las 17:30 horas y a las 03:00 horas de los días 20 y 25 de noviembre del año 2003, en virtud de la resolución de 19 de noviembre del año 2003, esto es: el que el acusado estaba a más de cierta cantidad de metros de la denunciante, por lo que al intentar ingresar e ingresar posteriormente al domicilio de calle Millaray N° 579, se pretendió

por él revertir lo ordenado por un Juez de la República. Cuestión jurídicamente inaceptable en un Estado de Derecho, en el cual los individuos deben acatar las resoluciones judiciales, cualquiera sea su contenido.

Redactada por la Juez doña Jovita Soto Maldonado y el voto de minoría por su autor.

Regístrese.

R. U .C.: **0300185907-1**

R. I. T. : **11-2005**

CODIGO: **12149**

PRONUNCIADA POR LOS JUECES TITULARES DE LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE PUNTA ARENAS, DON LUIS ENRIQUE ÁLVAREZ VALDÉS, DOÑA JOVITA SOTO MALDONADO Y DOÑA BEATRIZ ANTONIA ORTIZ ACEITUNO.

Punta Arenas, veinte de mayo de dos mil cinco.

VISTOS:

A fs.14 el Fiscal Adjunto del Ministerio Público de Punta Arenas, don Felipe Aguirre Pallavicini deduce recurso de nulidad, contra la sentencia de 01 de abril de 2005, dictada por la Primera Sala del Tribunal Oral en lo Penal de esta ciudad, constituida por los Magistrados don Luis Enrique Álvarez Valdés, doña Jovita Soto Maldonado y doña Beatriz Antonia Ortiz Aceituno, por la cual se absolvió al imputado Manuel Candelario Guerrero Bahamonde de la acusación como autor del delito de desacatos reiterados, previsto y sancionado por el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. Invoca como causal del recurso, la prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal y solicita se declare la nulidad de la sentencia absolutoria definitiva y el juicio oral que le ha servido de antecedente, remitiéndose los antecedentes para su debido conocimiento a la sala no inhabilitada que corresponda, a fin que se proceda a citar a los intervinientes a una nueva audiencia de juicio oral, continuando con la tramitación del mismo en conformidad a la ley.

El tres del presente mes tuvo lugar la audiencia de rigor con la asistencia del Fiscal Adjunto del Ministerio Público de Punta Arenas, don Felipe

Aguirre Pallavicini y por la Defensoría Penal Pública, la Sra. Gustava Aguilar Moraga quienes expusieron lo que estimaron conforme a sus derechos, fijándose la audiencia del día veinte del presente mes para dar lectura a la decisión de este Tribunal.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

1º.- Que se ha invocado como causal de nulidad del juicio oral y de la sentencia, la prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es, haberse hecho una errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia y este error hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Manifiesta el recurrente que se ha incurrido en la referida causal al absolver al imputado por estimar que los hechos acreditados durante la secuela del juicio no eran constitutivos de delito reiterado de desacato; que los hechos que se dieron por establecidos encuadran en el tipo penal de desacato contemplado en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil; que los sentenciadores en su fallo exigen, para configurar el ilícito, mayores requisitos que los prevenidos expresamente por el legislador. Expresa que la disposición establece que comete el delito de desacato el que quebrantare lo ordenado cumplir, como ocurrió en el caso de autos, y en ninguna parte exige que la resolución se encuentre cumplida y que se haya efectivamente aplicado multas o arrestos en contra de la persona a quien va dirigida la orden o prohibición; que el tribunal a quo confunde el principio general cual es que el tribunal tiene facultades para aplicar multas y arrestos para cumplir lo ordenado, y el hecho que la desobediencia a lo resuelto por un tribunal constituye delito de desacato; que la circunstancia que la cónyuge haya declarado haber recibido nuevamente a su marido no significa en modo alguno hacer desaparecer la ilicitud de la conducta desplegada por el acusado, toda vez que el bien jurídico protegido por este delito es la observancia y obediencia a las resoluciones judiciales y el poder de imperio de que se encuentran revestidas las resoluciones dictadas por los Tribunales de Justicia, conforme al artículo 73 de la Carta Fundamental. Sostiene que de no haberse incurrido en la sentencia en esta errada aplicación del derecho debió haber tenido ésta el carácter de condenatoria por lo que sólo cabe concluir que el error influyó en lo dispositivo del fallo y procede, en consecuencia,

anular la sentencia y el juicio que le sirvió de antecedente;

2º.- Que en primer lugar creen estos sentenciadores que, previo a entrar a considerar la causal invocada, es preciso corregir algunos conceptos que aparecen equivocados tanto en la acusación como en la sentencia. En efecto, se ha acusado y se ha absuelto al imputado como autor de delitos reiterados de desacato previsto y sancionado en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil y del tenor de estos antecedentes se desprende que lo que se pesquisó fueron los incumplimientos por parte del imputado a una medida precautoria de prohibición de ingresar al domicilio de su cónyuge dispuesta por el tribunal que conocía de una causa por violencia intrafamiliar regida por la ley N° 19.395 y al efecto cabe hacer presente que el señalado artículo 240 del Código de Procedimiento Civil no prevé ni sanciona ningún delito de desacato, en efecto, es cierto que hasta antes de la Ley N° 18.705 de 24 de mayo de 1988, que modificó su segundo inciso, esta disposición expresaba el que quebrante lo ordenado cumplir será responsable del delito de desacato y será sancionado con la pena contemplada en el número 1º del artículo 262 del Código Penal, pero esta redacción fue sustituida por la ley señalada, quedando en la actual que expresa el que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo, quizás esta modificación se debió a que el artículo que se señalaba como contenedor de la pena a aplicar, N° 1 del artículo 262 del Código Penal, no contiene ninguna pena. En estas circunstancias el delito de desacato a la autoridad queda reducido a los casos previstos y sancionados en el artículo 264 de dicho Estatuto Punitivo, con las reglas que se disponen en los artículos siguientes, y ninguna de las conductas contempladas resulta aplicable a la especie;

3º.- Que en consecuencia, atendido los hechos que se tuvieron por probados en este juicio oral, sólo cabe concluir que la conducta que se persiguió es la posible infracción por el acusado a una medida precautoria dictada conforme lo autoriza la ley N° 19.325 y sancionada, como lo expresa su artículo 6º, en la forma establecida en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil;

4º.- Que habiendo establecido aquello, corresponde entrar a examinar la concurrencia o inconcurrencia de la causal de anulación invocada por

el recurrente y al respecto deben tenerse presentes las siguientes consideraciones relativas a la referida ley que establece normas sobre procedimientos y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar: a) en primer lugar no debe olvidarse que de acuerdo a su artículo 2º, el conocimiento de los conflictos a que dé origen la comisión de tales actos corresponde al Juez Letrado de turno en lo civil del lugar donde vive el afectado; b) en seguida, que el artículo 3º dispone que el procedimiento respectivo se registrará por las normas que ella establece y supletoriamente, por las reglas comunes a todo procedimiento que se contienen en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil; c) que la letra h) del mismo artículo, para garantizar la seguridad física o psíquica del afectado y la tranquilidad patrimonial del núcleo familiar, permite al juez adoptar algunas medidas que el legislador denominó precautorias y que se preocupa de dejar expresamente establecido que tienen el carácter de esencialmente temporales (no podrán exceder de sesenta días hábiles, prorrogables hasta ciento ochenta días por motivos muy graves y urgentes); d) que algunas de estas medidas, cuya enumeración no es de carácter taxativo, consisten en imponer obligaciones de hacer o dar: ordenar el reintegro al hogar de quien injustificadamente haya sido obligado a abandonarlo; autorizar al afectado para hacer abandono del hogar común y disponer la entrega inmediata de sus efectos personales; fijar alimentos y establecer un régimen de cuidado personal, crianza y educación de los hijos o menores que integren el núcleo familiar. Otras medidas consisten en obligaciones de no hacer o impedimentos a quien se dirigen: prohibición, restricción o limitación de la presencia del ofensor en el hogar común; prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de trabajo del ofendido, y también, decretar prohibición de celebrar actos o contratos sobre determinados bienes de quienes lo integren; e) que de esta clasificación se desprende que cumplirá la resolución judicial que disponga alguna de las primeras medidas, ejecutando la obligación de que se trata, reintegrar al hogar a la persona que se obligó a abandonarlo, autorizar a alguien para abandonar el hogar, o pagar los alimentos que se le ordenan, e incumplirá dicha resolución el que no ejecute dichas conductas o las cumpla parcialmente. En cuanto a las segundas, obligaciones de no hacer o impedimentos, la cumplirá el afectado con la resolución que se abstenga de eje-

cutar el acto o conducta que se le veda durante el tiempo que el juez le señale, e incumplirá la resolución el que, dentro de este lapso, ejecute los actos que se le prohíben;

5º.- Que así las cosas, tratándose en la especie de una infracción a obligación de no hacer, debe concluirse que se cumple o no se cumple lo ordenado por el juez, según la conducta del ofensor, dentro del período que éste disponga, de manera que resulta inaplicable el inciso primero del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil que da facultades a los jueces civiles para decretar medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado, cuando la resolución fuere cumplida: dicha parte de la disposición solamente resulta aplicable a las resoluciones que ordenan ejecutar ciertas obligaciones, según se vio, y a ellas también se refiere el mismo artículo 3º, cuando expresa que el juez dispondrá de las facultades establecidas en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, incluyendo el auxilio de la fuerza pública, con las facultades de descerrajamiento y allanamiento, si fuera necesario y también el artículo 6º cuando dispone que -mientras se sustancia el respectivo proceso iniciado por el competente tribunal en lo criminal para sancionar el quebrantamiento de una medida precautoria- el juez civil podrá aplicar apremios de arresto hasta por quince días, mas no a las obligaciones de no hacer pues cumplida absteniéndose de ejecutar lo prohibido durante el tiempo establecido por el tribunal, no será necesaria ninguna medida tendiente a dejar sin efecto lo que se haga en contravención a lo ejecutado, pues no existirá la obligación;

6º.- Que hechas estas consideraciones sólo cabe concluir que los jueces de la causa incurrieron en una errónea aplicación del derecho en el pronunciamiento de la sentencia al absolver al imputado de la acusación del Ministerio Público en cuanto a sancionarlo en la forma establecida en el inciso 2º del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, por infringir una resolución judicial que le imponía una prohibición decretada por un juez civil conforme lo autoriza la ley sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar y este error, atendido los hechos que se tuvieron por probados en el juicio oral, influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que la sentencia debió ser condenatoria;

7º.- Que este vicio incurrido en el pronunciamiento del fallo, no encontrándose entre los casos previstos en el artículo 385 del Código Procesal Penal, trae consigo la nulidad del juicio oral y de la sentencia conforme lo establece la letra b) del artículo 373 del mismo código.

Y vistos además lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, **se acoge el recurso de nulidad** interpuesto a fs.14 por el Fiscal Adjunto del Ministerio Público de Punta Arenas, don Felipe Aguirre Pallavicini, y, en consecuencia, se declara la nulidad de la sentencia definitiva dictada de 01 de abril de 2005, por la Primera Sala del Tribunal Oral en lo Penal de esta ciudad, constituida por los Magistrados don Luis Enrique

Álvarez Valdés, doña Jovita Soto Maldonado y doña Beatriz Antonia Ortiz Aceituno, por la cual se absolvió al imputado Manuel Candelario Guerrero Bahamonde de la acusación como autor de delito de desacato reiterados, previsto y sancionado por el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, debiéndose remitir los antecedentes para su debido conocimiento a la sala no inhabilitada que corresponda, a fin que se proceda a citar a los intervinientes a una nueva audiencia de juicio oral, continuando con la tramitación del mismo en conformidad a la ley.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Faúndez.

Rol Nº 57-2005 (R.P.P.)

- **Declara que el elemento fuerza que contempla el artículo 361 N° 1 del Código Penal se cumple ante un abrazo sorpresivo y por la espalda, porque basta que venza o impida la manifestación de voluntad contraria de la víctima.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Arica.

Resumen:

El Ministerio Público acusó al imputado como autor del delito de abusos sexuales contemplado en el artículo 366 del Código Penal. En los mismos términos acusó el querellante, solicitando una indemnización de perjuicios. El Tribunal tuvo por acreditados los hechos que fundaron la acusación, pero absolvió por estimar que la fuerza o intimidación que ejerce el actor deben ser previas al abuso, así como tener por objeto facilitar su comisión, circunstancia que no se produjo en el caso en análisis por cuanto la fuerza usada, que se tradujo en lesiones leves por equimosis en la cara interior del brazo derecho de la víctima, fue posterior al tocamiento efectuado. Sin embargo, y en aplicación del artículo 67 del Código Procesal Penal, condenó al acusado al pago de una indemnización de perjuicios por daño moral. En contra de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal tanto la Defensa como los acusadores presentaron un recurso de nulidad. La primera, fundada en la causal del artículo 374 letra e) en relación con la letra c) del artículo 342, ambos del Código Procesal Penal. Los segundos, en la causal del artículo 373 letra b) del mismo código. La Corte rechazó el recurso intentado por la Defensa, señalando que de la misma sentencia impugnada era posible inferir que sí cumplía con los requisitos y razonamientos establecidos por la ley. En cuanto al recurso de los acusadores, lo acogió declarando que dados los hechos que el Tribunal tuvo por acreditados, sólo era posible concluir que el delito materia de la acusación se configuró, por cuanto el acusado atacó en forma sorpresiva y por la espalda a la víctima tocándole los senos, zona erógena de la víctima, quien inmediatamente reaccionó repeliendo al agresor, el cual, no obstante que la mujer logró zafarse, insistió en su propósito tomándola del brazo derecho causándole una equimosis leve. Al efecto, la Corte recordó que la norma legal respecto de la fuerza no contempla expresamente exigencias para su concurrencia, no requiriéndose que el sujeto pasivo intente actos concretos de resistencia o defensa; bastando que no exista una adhesión voluntaria de su parte. La acción del imputado importó un atentado al bien jurídico protegido, que es el libre ejercicio de la actividad sexual de todo individuo, así como una fuerza ejercida por su parte al abrazar a la víctima para impedir su defensa (que ésta logró vencer al zafarse del agresor, pero que éste intentó seguir ejerciendo al persistir en su acción tomándola de un brazo, lo que le causó lesiones).

Texto completo:

Arica, trece de mayo de dos mil cinco.

VISTOS:

PRIMERO: Que, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, constituido por el juez Presidente de la Sala don Jorge Quiñones Garat y los jueces don Héctor Cecil Gutiérrez Massardo y don Carlos Rojas Staub, el nueve de mayo del año en curso, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rol interno del tribunal N° 19-2005,

rol único de la causa N° 0400149935-7, seguida contra **RENÉ CÉSAR PACHECO ESCALERA**, chileno, natural de la oficina salitrera Humberstone, 59 años de edad, casado, asistente social, cédula nacional de identidad N° 4.456.567-6, domiciliado en calle Temuco N° 859.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por la señorita fiscal adjunta abogada doña Ana María Cortés Espejo, domiciliada en calle Manuel Rodríguez N° 363, de esta ciudad.

Se adhirió a la acusación la abogada doña Claudia Villalobos Peppe del Centro de Atención de

Víctimas de Delitos Violentos en representación de la querellante L.E.R., deduciendo además acción civil de indemnización de perjuicios en contra de René César Pacheco.

La defensa del acusado estuvo a cargo del Defensor Penal Público abogado don Fernando Gatica Collinet, domiciliado en calle Baquedano N° 785, de esta ciudad.

I.- EN CUANTO A LA ACCIÓN PENAL.

SEGUNDO: Que los hechos en que se funda la acusación, según se lee en el auto de apertura del juicio oral son los siguientes:

“Que, en el mes marzo aproximadamente, la víctima fue demandada por su marido en juicio de rebaja de pensión alimenticia, motivo por el cual debía comparecer ante el Juzgado de Menores de esta ciudad. En ese mismo contexto, el 26 de abril de 2004 en horas de la mañana, el imputado, en su calidad de asistente social del Juzgado de Menores de Arica, recibió en su oficina a la víctima, momento en el cual y luego de una conversación, al intentar retirarse de la oficina, la víctima es abordada por el imputado, quien la toma a la fuerza por la espalda presionando sus brazos y con las mismas fuerzas con sus propias manos toma los senos, logrando desprenderse ella rápidamente para luego retirarse del lugar llorando”.

A juicio de dicha fiscalía, los hechos descritos son constitutivos del delito consumado de abuso sexual previsto y sancionado en el artículo 366 en relación al artículo 361 y 366 ter., todos del Código Penal, atribuyéndole al acusado la calidad de autor inmediato y directo en el delito, según lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

Asimismo, el Ministerio Público sostiene que en su opinión favorece al acusado la circunstancia atenuante de la irreprochable conducta anterior, requiriendo se imponga a éste la pena de cuatro años de reclusión menor en su grado máximo, más la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos mientras dure la condena y se le condene al pago de las costas de la causa.

En su alegato de apertura sostuvo que las mujeres adultas soportan mucho más cualquier abuso; que en este caso, el acusado tenía una posición

de garante o de poder sobre la víctima. Agregó que entre los meses de marzo a abril de 2004 el acusado en su calidad de asistente social del Juzgado de Menores debía realizar un informe socio-económico a doña L.E.R. en el ámbito de un juicio de rebaja de pensión de alimentos; que en dicho cometido recibió en tres oportunidades en su oficina a la víctima y otras tres fue a su domicilio, y fue así que aprovechándose de ello tuvo una proximidad a la señora E. pues la abrazó, le dio besos y le daba consejos; fue así que el 26 de abril en la oficina del asistente social, en un momento determinado éste se abalanza sobre ella, le toca sus senos y al tratar de escaparse le provoca una lesión. Acota que la víctima decide denunciar la situación de abuso de que era objeto, circunstancias que probará a través de la prueba de testigos consistente en los dichos de la propia víctima, los de su hija, del abogado don Rodrigo Fuentes que la asesoró ante el Juzgado de Menores y además con los dichos de una persona que sufrió los mismos abusos por parte del acusado. Acompañará además, prueba documental consistente en el sumario administrativo en el cual al acusado se le suspendió de sus funciones por un mes, más un informe pericial relativo a las lesiones que se le provocó a la víctima. La defensa pretenderá señalar que la víctima se encuentra loca, lo que no es efectivo, ya que se trata de una persona adulta que no tiene nada que ganar con la denuncia de los hechos.

En el alegato de clausura expresó que ha quedado probado que los hechos no fueron aislados, sino que hubo un acoso por parte del acusado, quien aprovechándose del estado en que se encontraba la víctima y traspasando los límites de su función, la primera vez la besa en el cuello, después la abraza, hechos que la víctima no cuenta en un primer momento, pero sí exterioriza su situación aflitiva al no querer concurrir a las continuas citaciones del asistente social; que sólo ante la insistencia de su propia hija, quien desconocía esta situación, fue que el día 26 de abril concurrió nuevamente a la oficina del asistente social donde éste procede a tocar sus senos, abrazándola y producto de la compresión que con los dedos realizaba el acusado por detrás, le causó su lesión; el perito don Daniel Fuentes explicó que no es fácil encontrar signos físicos en los senos; los hechos se encuentran acreditados por lo dichos de la víctima que es una persona que

si bien tiene una depresión no está alterado su sano juicio, la hija de ésta dio cuenta de que su madre no quería concurrir a las citaciones del asistente social; agrega la fiscalía, que le llama la atención que la defensa no haya solicitado diligencias para acreditar la enfermedad que insinúa tiene la víctima; que el testigo estrella que presenta aparece después de un año y dada la importancia de su testimonio resulta raro que no declarara ante el Juzgado de Menores en su oportunidad, por lo que concluye que es un testigo inventado e influenciado, pues conoce a René Pacheco, siendo este último quien al día siguiente le contó lo que le había pasado. Pero aún así dicho testigo no fue presentado en el sumario; se pregunta la fiscalía que la víctima sólo ha sufrido perjuicios y que nada gana con inventar los hechos denunciados, por ello que solicita se aplique la sanción señalada en la acusación. Haciendo uso de su derecho a réplica la fiscalía reiteró que no escuchó de la defensa de las razones que el testigo que apareció en la audiencia; que no es cierto que el juez de menores haya valorado la totalidad de los hechos pues éste se refiere simplemente al sumario y éstos podrían constituir un delito; por último que no se puede introducir prueba con los dichos del propio abogado.

La querellante y actor civil en su alegato de apertura indicó que el juicio es de gran relevancia ya que el acusado se trata de un ex funcionario público. Luego de referirse al bien jurídico protegido en el delito materia de la acusación, como es la libertad sexual de la víctima, manifestó la importancia que tiene la práctica del informe social en un juicio en menores; que la víctima es una persona de edad de 52 años de edad con depresión severa mayor, es una mujer separada en razón de violencia e interés familiar. Por ello agrega que en esta causa la víctima ha sido dañada más fuertemente ya que se trata de una persona que sufre depresión y el abuso proviene de un funcionario público, que no es primera vez que se ve involucrado en este tipo de denuncias en contra del acusado. Que en cuanto la acción civil, ésta se ha deducido para obtener la reparación del daño causado, pues el artículo 67 del Código Procesal Penal hace procedente tal indemnización a pesar de dictarse una sentencia absolutoria y si bien el delito que se imputa es de difícil prueba, lo relevante es la prueba de indicios.

En su alegato de clausura sostiene que se cumplió con la promesa pues se acreditó que el acu-

sado realizó un abuso sexual reuniéndose todos los requisitos para ello, esto es, hubo actos de connotación sexual, de relevancia y proximidad corporal, habiéndose probado además los perjuicios causados a la vista; dichos perjuicios no son sólo físicos esto es la lesión causada en el brazo derecho sino que además hay daños de connotación psicológica, lo que significó un retroceso en el tratamiento que ésta llevaba, emocionalmente está afectada y lo hace a requerimiento de su abogado sintiendo repugnancia por los hechos. En cuanto a la probanza, el acusado realizó una serie de conductas sexuales inapropiadas de lo cual dieron cuenta la víctima y los testigos; el abogado don Rodrigo Fuentes incluso señaló que sabía que no era la primera vez en que el acusado enfrentaba este tipo de situaciones y en consecuencia solicita la aplicación de las penas señaladas en la acusación y se dé lugar a la demanda civil. Haciendo uso de su derecho a réplica precisa que los perjuicios son los daños directos e indirectos sufridos por la víctima; y que ésta no presenta trastornos de la personalidad bipolares como asegura la defensa.

TERCERO: Que, en este juicio, los intervinientes, no han llegado a convenciones probatorias.

CUARTO: Que para acreditar la concurrencia de los elementos del delito que nos ocupa, el Ministerio Público rindió la siguiente prueba:

A).- Testimonial

a) Compareció al juicio doña **L.P.E.R.**, quien señaló que se encuentra separada hace treinta años y que tiene una hija de 34 años; que en el año 1979 nació otra hija de otra relación sentimental la cual duró cuatro años, porque realmente tuvo otra pareja durante nueva. Acota que trabajó con un hermano como vendedora y posteriormente fue jefa de la sucursal Toyota de Arica durante cuatro años; que en el año 1996 se instaló con su propia casa de repuestos la que debió cerrar al sufrir una depresión severa resistente a consecuencia de que un amigo le robó \$2.000.000.- por lo que únicamente trabajó hasta el año 2000. Agrega que su depresión es tratada desde 1997 y que no ha estado bien desde que se produjo la situación actual. Que en cuanto a los hechos conoció a René Pacheco cuando fue demandada por una rebaja de la pensión de alimentos que recibía por su hija y éste debía hacer un informe socio económico, en dicha causa la asesoró el abogado don Rodrigo Fuentes; su abogado le dijo que

conforme a los antecedentes necesariamente rebajarían la pensión de alimentos porque ya no correspondía. Refiere que le llegó una citación para concurrir a la oficina del asistente social René Pacheco, cuando fue llamado la atención que cerrara la puerta con llave y comenzó a preguntarle si creía en Dios, procediendo a darle un abrazo fraterno, según le decía, sintiendo algo extraño ya que la apretó fuerte y le pasó su boca por el oído y el cuello por lo que se asustó y salió. Después nuevamente la citó, por lo que fue a buscar a su hija, en dicha oficina el acusado habló con su hija a solas, la cual se allanó a firmar el término de la pensión y luego éste le dijo que fuera a verlo en la semana; detalla que su hija menor la retaba porque no iba a las citaciones y, la última vez fue y al ingresar nuevamente él cerró la puerta con llave y le dijo que de él dependía que el juicio saliera en su favor, la volvió a tomar por la espalda, la apretó, se soltó y se fue llorando. El acusado fue en una oportunidad a su casa, le preguntó si estaba "solita" y al escuchar esto su hija le dijo que fuera a verla en la semana pero no fue y su hija volvió a insistir a fin de que concurriera a la oficina de la asistente social pues le decía que si no iba iban a perder el juicio. El día 26 de abril fue nuevamente donde el acusado y al llegar a su oficina este le dijo que lo esperara ya que había otra persona, luego entró y nuevamente cerró la puerta, ya manifestando que había realizado el informe socio-económico y que hablara con su abogado ya que no había podido realizar el relativo al de su marido, en ese momento el acusado se paró y la toma por detrás y le toma los pechos se los aprieta fuertemente y al tratar de forcejear le dejó el moretón, se soltó a la fuerza y como pudo abrir la puerta y salió llorando. Pensó y a contar después de menores pero también pensó que no le creería; por lo que le contó lo sucedido a su hija y luego al abogado Rodrigo Fuentes quien inmediatamente llamó al secretario del tribunal; al otro día fue careada con el acusado quien decía que estaba loca y que nada había hecho. Precisa que jamás se le insinuó al acusado y éste la tomaba siempre por la fuerza, siempre le pareció extraño que cerrara la puerta con llave; que por su depresión además tiene desgano con estar con parejas y la denuncia que ha efectuado le ha ocasionado más problemas en su depresión; que además en el juicio que llevaba ante juez de menores le rebajaron su pensión en un 15%.

Interrogada por la parte querellante indica que su experiencia como casada fue mala porque existió mucha violencia física y verbal; que en estos momentos siente rabia y pena ya que el acusado abusó del poder de su cargo y todo lo que hizo fue en contra de su voluntad y la pena que siente es por la familia del acusado.

Contra interrogada por la defensa, señaló que vio al acusado en cuatro oportunidades, tres veces en la oficina y una vez en su casa; y que estaba informada de que se rebajaría la pensión de alimentos; el acusado le señalaba que dependía de su informe para que el juicio saliera en su favor, siempre le repetía lo mismo; que la primera vez le pasó la boca por el oído y el cuello. Haciendo uso del artículo 332 del Código Procesal Penal, la testigo da lectura a una parte de una declaración anterior prestada ante la fiscalía en que indicó "a comienzos de marzo fui donde el asistente social del tribunal...abrazó fuertemente y me dio un beso en el cuello...de él dependía un buen informe socio-económico". La fiscalía en los mismos términos le hace leer parte de su declaración anterior "a 27 de abril de 2004 por lo que al día de ayer fui al tribunal a ver el estado de mi causa por lo que esta persona inmediatamente al igual que en los casos anteriores cerró la puerta con pestillo y comenzó a decirme que de él dependía un buen informe socio-económico; sólo le quedó morado su brazo, los pechos no; señala que tomaba una serie de remedios para su depresión severa con trastorno de personalidad grave que le diagnosticó el doctor Yévenes hace dos años.

Repreguntada por el Ministerio Público señala que no tiene alucinaciones sólo presenta cambios en sus estados de ánimo.

Repreguntada por la parte querellante indica que el moretón fue en la parte interna de su brazo.

Contrainterrogada por el defensor del acusado, sostuvo que hace cinco años estuvo hospitalizada.

b) Se llamó además el testigo **Andrea Alejandra Cerda Echiburú**, señaló que conoció al acusado una vez que éste fue a su casa y de su pieza escuchó cuando le decía a su madre "si estaba solita", esta persona era asistente social que debía hacer un informe socio-económico y éste le dijo que vendría después, dicho informe era relativo una re-

baja de pensión por su hermano. Agrega que le siguieron llegando citaciones a su casa, que veía cómo su madre no iba a hablar con el asistente social y le decía que podían perder el juicio; su madre jamás le dijo por qué no iba. Sólo se ponía a llorar; ella pensaba que era una dejación, que en cuanto a la enfermedad de su madre, esta es una depresión, pero está controlada, sólo pasa de estados alegres a llorar y no tiene alucinaciones. En cuanto la última citación ambas quedaron de juntarse en el Banco y cuando ésta llegó se puso a llorar, cobró el cheque y ella le contó lo que le había sucedido, posteriormente, con el abogado contó ya que la había tomado por detrás, el abogado le preguntó sobre las citaciones quien le señaló que por la cantidad de ellas era extraño, cuando se puso a llorar nuevamente contó que desde la primera vez que tomó contacto con el acusado esta persona se la acercaba y le decía que de él dependía el informe económico, que le iba a dar un abrazo fraterno; el abogado llamó al secretario del tribunal de menores, sólo ahí entendió por qué su mamá lloraba y por qué ella no quería ir a las citaciones que enviaba el asistente social.

Interrogada por la parte querellante señaló que posteriormente se enteró de una persona a quien le habían quitado una de sus hijas y que también era citada por un asistente social, a la cual le salió mal el informe socioeconómico porque no le dio lo que quería; le pidió las características de esa persona y el nombre, señalándole que era René Pacheco, con ese dato fue donde su mamá y confirmó que se trataba de la misma persona. La persona le indicó que el asistente social le pedía tener relaciones sexuales y que de su informe dependía que no le quitaran su niña.

Contrainterrogada por la defensa del acusado, indica que acompañó a su madre donde el doctor Yévenes a su terapias y que la persona que le informó de la pérdida de la tuición de su hija había sido por maltrato infantil, pero era porque la mandaba hacer las cosas.

c) Declaró el testigo **Ibisen Soledad Valdés Cortés**, quien manifestó que trabaja en el Hogar del Niño y que Andrea Cerda es una voluntaria en dicho hogar; que a ella le comentó que le había pasado lo mismo que a su mamá, pues René Pacheco decía que también podía ayudarla; esta persona la iba a ver y le decía que la ayudaría porque tenía perso-

nas que podían hacerlo en el Juzgado de Menores y así recuperar a la niña; éste se insinuó ya que le decía que quería tener algo en ella, la abrazaba, le daba besos, en la casa intentó tener relaciones sexuales pero no se pudo porque llegó su hija; como estaba desesperada lo iba hacer. Agrega que viene a declarar motivada por su conciencia, y que conoce muchas mujeres ultrajadas por esta misma persona y no quieren hablar.

Interrogada por la parte querellante, reitera que sólo viene a declarar por motivos de conciencia.

Contrainterrogada por la defensa del acusado reitera que la acusaron de maltrato infantil ante el Juzgado de Menores “esto se lo contó al Juez de Menores pero no hizo denuncia”; a fin de superar una contradicción, la testigo lee parte de una declaración prestada anteriormente ante la fiscalía del siguiente tenor: “a mí me acusaron de maltrato y me mandaron al juzgado de menores”; de la pérdida de su hija en parte le echa la culpa al asistente social por haber perdido la tuición.

d) Prestó declaración **Rodrigo Fuentes Garcés**, abogado, quien se refirió a que como abogado de la Corporación de Asistencia Judicial de Arica y a cargo de asuntos de familia conoció a la víctima en razón de una causa de menores sobre rebaja de pensión alimenticia, ella era la demandada y asumió su representación en la etapa probatoria. Indica que el tribunal ordenó como es de rigor un informe social, que debía realizar el asistente social René Pacheco, que normalmente se hacen una o dos visitas a domicilio o a veces las personas visitan la oficina del asistente social. Este caso concreto le llamó la atención que se sucedieran visitas y situaciones más de lo habitual. El 26 de abril de 2004 su patrocinada le manifestó que el asistente social le pedía que informara el domicilio del demandante y que la ayudaría a obtener un buen resultado, al ponerse a llorar se le preguntó y señaló que había sido objeto de abusos, de tocaciones indebidas, de proposiciones indecentes; que estando en la oficina éste cerró la puerta y le manifestó un interés más allá de lo normal, la abrazó trató de tocarla, besarla, forcejearon, le tocó el busto, pero logró zafarse. Agregó que se le había explicado a la víctima que en relación al juicio de alimentos éste estaba perdido y que el propósito era simplemente retardar. Que en relación a los hechos se le dijo que debía denun-

ciar a la persona al Juez de Menores, pero ésta tenía temor reverencial al señor Pacheco. No obstante ello se hizo la denuncia y se instruyó por el Juez de Menores el correspondiente sumario. Acotó que tenía conocimiento por comentarios de otros abogados que el señor René Pacheco tenía conductas irregulares; en el sumario administrativo declaró la afectada, él y la hija de ésta sumario que terminó con la suspensión parcial y posteriormente fue mal calificado y expulsado del Poder Judicial.

Contrainterrogado por la defensa, manifiesta que tiene entendido que se realizaron más de una visita al domicilio; que la primera vez en que se entrevistó con la patrocinada y le indicó que procedía la rebaja de su pensión; sólo vio los resultados de las tocaciones esto es el moretón que presentaba, se notaban tres dedos por lo que pensó en un acoso, en una irregularidad, por ello informó a la autoridad pertinente.

I.- PERICIAL.

Se presentó a estrado don Daniel Fuentes Muñoz, médico legista, quien refirió haber examinado a L.P.E.R. el 27 de abril de 2004, la cual relató haber sido abrazada por la espalda y tocados sus pechos, constatando que presentada una equimosis de 15x10 mm. zona medial del brazo derecho, de carácter leve, no tenía otras lesiones.

Interrogado por el Ministerio Público, señaló que en los senos hay menos posibilidades de encontrar marcas, existen cuando se emplea mucha energía o fuerza; que el ataque es posible que se haya realizado por atrás por la compresión con el pulgar de la mano derecha, ello es razonable por el tamaño y posición de la lesión.

Interrogado por la parte querellante, indicó que la lesión se presentaba en la parte interna, y sería muy difícil que sea producto de una autolesión.

Contrainterrogado por la defensa del acusado, señaló que no había marcas en los pechos de la examinada en la zona mamaria, que no tiene forma para determinar quién causó la lesión y reitera que es remota una posibilidad de tratarse de una autolesión.

Interrogado por el tribunal manifestó que la examinada relató haber sido abrazada por detrás y que con ambas manos le tocaba los pechos y al tratar de liberarse fue retenida.

II.- DOCUMENTAL:

1). Extracto de filiación y antecedentes del acusado, el cual no registra anotaciones prontuariales anteriores;

2) Copia de la resolución dictada en sumario administrativo y llevada adelante por el Juzgado de Menores y en virtud de la cual se le sanciona con la suspensión de su cargo al acusado.

QUINTO: Que, con la prueba descrita precedentemente, consistente ésta en los dichos claros, precisos, categóricos y concordantes de la víctima L.P.E.R., quien relató que el 26 de abril del año 2004, en circunstancias que se encontraba en la oficina del Asistente Social del Juzgado de Menores René Pacheco Escalera, éste en forma sorpresiva la abrazó por detrás, tocándole los senos y al desprenderse de él, la tomó de los brazos causándole lesiones leves, luego de lo cual abandonó la oficina conmocionada. Agrega, que con anterioridad en el mes de abril en adelante dicha persona con ocasión de la primera entrevista y como ella se puso a llorar la abrazó y le dio un beso en la oreja cerca del cuello, lo cual a ella le incomodó y por lo tanto no asistió a las citaciones posteriores que se le hiciera, pero presionada por su hija compareció nuevamente en la fecha indicada dándose la situación que denunció; a lo que cabe agregar los atestados de Andrea Alejandra Cerda Echiburú y del abogado don Rodrigo Fuentes Garcés, quienes declaran contestemente que en la oficina de este último al inquirirle a la ofendida su estado de ánimo les relató entre lágrimas lo que le había sucedido con el asistente social del tribunal; con más los dichos de la testigo Ibslen Soledad Valdés Cortés, quien dio cuenta de haber sido también objeto de peticiones de orden sexual por parte del acusado que no denunció por encontrarse desesperada; con los dichos del perito Daniel José Fuentes Muñoz, quien asevera que las lesiones que presenta la víctima son de carácter leves y compatibles con lo narrado por ella; y con la documental consistente especialmente de la copia de la resolución dictada en el sumario administrativo incoado en el Juzgado de Menores, en cuya virtud se sancionaba al acusado con la pena de un mes de suspensión de sus funciones a media remuneración, antecedentes todos que, apreciados libremente, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados, permiten acreditar,

más allá de toda duda razonable que: el 26 de abril de 2004 en horas de la mañana uno de los Asistentes Sociales del Juzgado de Menores de Arica en circunstancias que atendía en su oficina a doña L.P.E.R. y cuando ésta se aprestaba a retirarse la abordó por la espalda y presionando sus senos y al zafarse ésta le tomó su brazo derecho con fuerza causándole una equimosis leve.

SEXTO: Que las circunstancias del hecho no permiten dar por establecido el delito de abuso sexual que al acusado le imputa el Ministerio Público, ni tampoco de las demás figuras contempladas en los párrafos quintos a octavo del título VII libro II del Código Penal. La acción desplegada por el acusado, si bien es posible reprocharla moralmente y constitutiva incluso de un ilícito civil por el daño o perjuicio causado, no se encuentra tipificada en ninguna de las figuras penales contempladas en el Código Penal. En efecto, el Ministerio Público aduce que los hechos son constitutivos del delito consumado de abuso sexual previsto y sancionado en el artículo 366 en relación con los artículos 361 y 366 ter del Código Penal; pero la primera de dichas disposiciones exige en su inciso primero, para la configuración del delito, la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361 del mismo código que contempla tres casos: el N° 1 cuando se usa de fuerza o intimidación, entendiendo los sentenciadores de mayoría que ambos elementos deben ser previos al abuso y tener por objeto facilitar su comisión, circunstancia esta que no se da en el caso en análisis por cuanto la fuerza usada, que se tradujo en lesiones leves por equimosis en la cara interior del brazo derecho, fue posterior al tocamiento de sus senos, según relata la propia ofendida, añadiendo que al rechazar su acto de tocarle los senos la tomó de los brazos y con el forcejeo le provocó un moretón; los casos N°s 2 y 3 de la precitada disposición requieren que la víctima se encuentre privada de sentido o incapacitada de oponer resistencia o se abusa de su enajenación o trastorno mental, circunstancias que no están acreditadas y ni aún siquiera invocadas en el juicio; el artículo 366 ter, también señalado por la fiscalía, no contiene una figura penal sino una definición de lo que debe entenderse por acción sexual para los efectos de los tres artículos anteriores, por lo que no estando acreditado que la acción sexual abusiva realizada por el acusado lo fuese con la concurrencia de alguno de los tres casos señalados en el ci-

tado artículo 361, deberá rechazarse la acusación fiscal, no habiéndose recalificado de otra manera los hechos establecidos; consecuencialmente, en virtud del principio de reserva o de legalidad amparado constitucionalmente en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, impiden a estos sentenciadores de mayoría, sancionar el hecho establecido como un delito penal, lo que ha motivado la absolución como se indicó en la deliberación. La lesión que presenta la ofendida, no es posible de considerarla que fue ejercida a fin de poner en la indefensión a la víctima, sino que fue producto de un forcejeo entre ambas personas después de producida las tocamientos.

SÉPTIMO: Que la defensa manifestó en su alegato de apertura que las imputaciones son falsas y que la única víctima es el acusado y su familia, pues éste perdió su trabajo. Para demás que el querellante está solicitando \$10.000.000.- lo que estima irrisoria; que la única forma de probar el delito es con los peritajes y ello no podrá ocurrir, tal es así que la querellante ya adelantó en su alegato la debilidad de la imputación al señalar que es conforme al artículo 67 del Código Procesal Penal que, no obstante dictar sentencia absolutoria que posible pronunciarse sobre la acción civil. Agrega que el tribunal de Menores ocupó los mismos testigos en sede administrativa donde sólo pudo terminar que el hecho es constitutivo de una sanción administrativa.

En su alegato de clausura manifestó que la fiscalía no acepta que las defensas asuman una línea investigativa y; en cuanto la prueba presentada por el Ministerio Público, todos son testigos de oídas; que la testigo Ibislen Valdés perdió la tuición de su hija por causa de maltrato infantil y aquí en la audiencia vino a señalar el odio que tiene respecto de su representado y asimismo sobre el sistema judicial; la víctima es una persona con depresión, con trastornos bipolares; la hija lógicamente cree a su madre; luego sólo se cuenta con los dichos de don René Pacheco y la víctima dice haber sido abusada en cuatro oportunidades y sin embargo sólo la última oportunidad se enoja; la víctima tiene problema psicológico esto es, un trastorno de personalidad severo lo que se conoce también como trastorno bipolar; en consecuencia la pregunta es, "a quién creer"; que la defensa presentó un testigo que vio los hechos que indicó que el 26 de abril vio a la víctima salir en forma normal desde la oficina del Asis-

tente Social. Agregó que incluso el considerando 13º de la sentencia recaída en el sumario administrativo dice que los hechos no eran constitutivos de ilícito penal, en consecuencia sólo es posible absolver y en el evento contrario debe solicitar se considere como circunstancia atenuante la del artículo 11 N° 6 del Código Penal es decir la irreprochable conducta anterior como muy calificada. En cuanto a la demanda civil, la querellante nada hizo y no ha podido acreditar perjuicios por la suma de \$10.000.000. como lo pretende.

OCTAVO: Que el acusado René Pacheco Escalera renunciando a su derecho a guardar silencio y a modo de defensa, expresó que es una persona casada con hijos, que ingresó al Poder Judicial en el año 1984 y desde 1995 es asistente social del Juzgado de Menores. Que fue exonerado de su función por mala calificación, no habiendo influido dicha decisión por el sumario administrativo. Acota que en razón de la letra le tocó atender la causa caratulada "Ríos con E."; la parte demandada no se presentaba por lo que fue al domicilio al llegar al lugar nadie acudió a su llamados por lo que también dejó una citación para presentarse a su oficina. A los días esta persona fue y en la primera vez que conoció a la señora L., esta le pidió que la ayudara poniéndose a llorar; él le advirtió que la hija tenía 35 años y trabajaba por lo que de todas formas le iban a rebajar su pensión de alimentos. Como en todo informe debía hacer una visita domiciliaria la que debe ser intempestiva; fue a su domicilio y tampoco encontró a la persona, dejándole un aviso y cuando se aprestaba a realizar el informe, dicha persona apareció poniéndose de acuerdo para ir al domicilio esa entrevista duró sólo unos 5 minutos suficiente para ver la casa. Ese día estaba la hija de la señora L., en el dormitorio, su visita duró muy poco pues normalmente no hay muchas cosas que ver. Agregó que sin embargo se percató que faltaba el informe social en relación a la hija y por eso fue por cuarta vez al domicilio dejándole una citación a dicha persona; quien concurre a las oficinas fue la señora L. pero le dijo que la citación era para su hija y a la media hora llegó con ella, a la cual entrevistó, quien aceptó la demanda de rebaja de pensión de alimentos; a los días la persona llegó a preguntar sobre su causa y le dijo que se le iba a rebajar la pensión, esta persona salió y se fue sin que hubiera sucedido ninguna de las cosas que se afir-

ma en la acusación y todo lo ocurrido le ha traído perjuicio al quedar sin su trabajo no ha podido pagar sus dividendos, le han embargado por sus deudas y que en su trabajo está expuesto a que cuando informan de la realidad cosas hasta lo han llegado a amenazar de muerte.

Interrogado por el Ministerio Público precisa que la última vez que habló con la señora L. le explicó que se le iba a rebajar la pensión pero le dijo simplemente que era el Juez el que debía decidirlo e incluso recuerda que en algún momento le señaló que podría seguir percibiendo la pensión completa por su situación médica; recuerda que hace cuatro años lo acusaron de cosas similares pero que no correspondían.

Interrogado por la parte querellante sostuvo que recuerda que todas las denuncias son falsas, sólo se le aplicaron medidas por decreto económico, que le atribuyan conductas sexuales por sólo mirar; trabaja en la parroquia San Pedro, tiene una vida normal, que igualmente sexualmente es normal; que nunca le pregunta si las personas que están solas en sus visitas y que tampoco cierra su oficina con pestillo cuando entrevista a las personas en su oficina.

Interrogado por su abogado defensor explica que el 26 de abril de 2004 en su oficina la puerta estaba abierta y cuando esta persona apareció había un varón a quien le pidió que esperara, la mujer entró y cerró la puerta la cual le preguntó por el informe a lo cual respondió que estaba listo y que se comunicara con su abogado para que pidiera un dato que le faltaba, fue una entrevista breve, se despidió y se fue, nunca la vio llorar, recuerda que la persona que estaba esperando era Eduardo Núñez, ella al momento de salir se sonrió.

NOVENO: Que la defensa en apoyo de sus pretensiones, rindió únicamente prueba testimonial presentando a estrados a los siguientes testigos:

1) don **Raúl Valerio Briones Jara**, carabnero, quien señaló conocer al acusado desde el año 1992 en el Tribunal del Crimen de El Salvador, en razón de vínculos profesionales y siempre lo ha conocido como una persona responsable respetado, nunca le presencié situaciones de mala conducta.

Contrainterrogado por la fiscalía señaló que se enteró sólo unos días atrás que la acusación se trataba de un delito de abuso sexual.

Contrainterrogado por la parte querellante reconoce que tiene el respeto al acusado por trabajar en el Poder Judicial y el tiempo que trabajaron relacionados.

2) Compareció además **Eduardo Núñez Montaño**, quien relató que el 26 de abril de 2004 se encontraba en el Juzgado de Menores para saber la causa sobre una tuición y además tenía que hablar con René Pacheco sobre asuntos de la parroquia, agregó que al llegar al lugar se sentó frente a la oficina del señor Pacheco e ingresó una persona que le antecedió quien cerró la puerta, Pacheco estaba sentado en su escritorio; la persona estuvo poco tiempo, no más de 10 minutos, nada escuchó en particular en esos momentos; dicha persona al salir se paró en la puerta, y se despidió cariñosamente del señor Pacheco e incluso al parecer le tiró un beso y se fue; aclara que no sabe si fue un beso o sólo le habló; por eso al ingresar le dijo a Pacheco que tuviera cuidado con su señora, pero éste le dijo que dicha persona tenía problemas mentales; la persona que estaba normal se despidió y se fue.

Contrainterrogado por el Ministerio Público indica que conoce a René Pacheco hace tres años como profesor de curia en la iglesia católica, pues participan del movimiento; aclara que estaba en el Juzgado Menores e iba a ser atendido por otro asistente social; que René Pacheco es hermano de la fe, conoce además a su señora y ese día se encontraba en ese Juzgado de Menores recordando ello pues tenía que ir a buscar a su hija ya que era el día del carabinero. En cuanto a las características físicas de la persona que iba a ingresar a la oficina del señor Pacheco señala que ésta era de una estatura mediana, pelo corto, ojos claros, era una persona de edad; que al otro día Pacheco le contó lo que había pasado e insiste que la persona que vio ese día al despedirse hizo un gesto cariñoso como estirando los labios y las manos, nunca fue llamado a declarar ante al Juez de Menores, sólo al día siguiente conversó con René Pacheco quien le relató lo que había pasado.

Contrainterrogado por la parte querellante precisa que la señora pasó por su lado y bajó y no puede saber lo que pasó después; reitera que participan con Rene Pacheco hace tres años en un movimiento católico "Cursillos de Cristiandad".

DÉCIMO: Que conforme se expuso en el fundamento quinto, estos sentenciadores de mayoría

han arribado a la convicción de que los hechos acreditados en la audiencia de juicio oral no son constitutivos de delito, de tal manera, que han permitido la absolución del acusado. En este contexto, las argumentaciones de la defensa del acusado en el sentido de que, los hechos no ocurrieron de la manera señalada en la acusación ha de ser desestimada, pues, como quedó establecido el acusado realizó actos reñidos con las normas sociales o morales, pero que el legislador no ha contemplado como un ilícito penal, circunstancia que ha motivado una sentencia absolutoria.

Que la prueba documental acompañada por la defensa del acusado se refiere a documentos justificativos sobre la conducta pretérita del acusado los cuales sólo pueden ser ponderados en la medida en que permitan establecer una irreprochable conducta anterior, los cuales además, se encuentran contradichos con el mérito de la prueba acompañada por el Ministerio Público en cuanto a que el acusado ha mantenido una conducta reñida con la moral durante estos últimos años que han motivado denuncias y sanciones administrativas, como se deja constancia en la copia de la sentencia recaída en el sumario administrativo que le impuso una sanción de suspensión de su cargo.

II.- EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL.

UNDÉCIMO: Que la parte querellante representada por la abogada Claudia Villalobos Peppe dedujo acción civil de indemnización de perjuicios en contra del acusado René Pacheco Escalera, fundada en los mismos hechos expuestos en la acusación, demandado el pago de \$60.000 a título de daño emergente constituido por los gastos que ha incurrido en tratamientos médicos y psicológicos necesarios para la recuperación y los gastos de traslados y, además la suma de \$10.000.000.- por concepto del daño moral sufrido a consecuencia de la conducta del acusado, daño que corresponden al sufrimiento sufrido por L.E.R..

DUODÉCIMO: Que a fin de acreditar sus pretensiones la demandante civil rindió sólo prueba testimonial consistente en los dichos de Andrea Cerda Echiburí, hija de la actora, quien se refirió a que como consecuencia de los actos realizados por el demandado, hubo un retroceso en el tratamiento de su madre, quien padece un trastorno de personalidad y es depresiva, lo que motivó nuevas consultas

a médicos y nuevos gastos en su tratamiento. Además, se refirió a que durante el tiempo en que comenzó el contacto con el demandado su madre la veía llorar y ésta jamás explicó los motivos de ello e incluso, reconoce que la presionaba para que concurriera a las oficinas del demandado a fin de resolver el asunto del juicio de rebaja de la pensión de alimentos, ignorando la verdadera razón de su resistencia a concurrir a dicho lugar, esto es, el abuso que estaba efectuando el asistente social. De ello además dio cuenta el testigo Rodrigo Fuentes, quien expuso que vio a la demandante llorar a consecuencia de los hechos que le relató. La propia víctima en estrado se presentó a declarar indicando el estado de angustia que tenía cuando le llegaban las citaciones para que concurriera a ver al demandado, lo que motivaba las discusiones con su hija.

DECIMOTERCERO: Que la parte demandada contestando la pretensión del actor civil señaló que resulta irrisoria la suma pedida, la que jamás se pudo acreditar.

DECIMOCUARTO: Que la circunstancia de haberse fundamentado la absolución del acusado en razón de no adecuarse los hechos a alguno de los diferentes tipos penales de abuso sexual, no es obstáculo para indemnizar a la víctima cuando los hechos establecidos le han producido un daño moral que la ha afectado injustamente, toda vez que la reparación de los daños no deriva única y exclusivamente de la existencia del delito; el legislador así lo ha comprendido al señalar en el artículo 67 del Código Procesal Penal que “La circunstancia de dictarse sentencia absolutoria en materia penal no impedirá que se dé lugar a la acción civil, si fuere legalmente procedente.”

DECIMOQUINTO: Que respecto de la indemnización del daño emergente, que la demandante ha avalado en la suma de \$60.000.-, no se ha rendido prueba alguna para acreditar tal monto, por lo que deberá ser rechazada.

En relación con la indemnización del daño moral, conforme la jurisprudencia sentada por los tribunales y siguiendo la opinión de los tratadistas don Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra “De la Responsabilidad Extra - Contractual en el Derecho Civil Chileno” [§ 145 y sgtes., Imprenta Universitaria, edición 1943] y de Eduardo Novoa Monreal en su libro “Curso de Derecho Penal Chileno” [§607 y sgtes., Editorial Jurídica de Chile, edición 1966],

quienes estiman que esta clase de daño debe ser reparado y, teniendo, además, en consideración lo establecido en los artículos 2.314 y 2.329 del Código Civil, se concluye de manera categórica que la ley al momento de fijar las bases de la indemnización, se refiere expresamente a todo daño, sin distinguir entre las distintas categorías de este, por lo que tampoco resulta posible al intérprete distinguir en contrario, excluyendo la indemnización del daño moral, toda vez que, en aquellas materias que el legislador ha querido exceptuar esta regla a ciertos daños morales y establecer que no son indemnizables sino en determinadas circunstancias, lo ha dicho expresamente, tal como ocurre en la situación del artículo 2.331 del Código Civil, circunstancia que no se presenta en el caso de autos.

DECIMOSEXTO: Que si bien es cierto, resulta difícil cuantificar pecuniariamente el dolor o sufrimiento de la víctima de un delito, o cuasidelito, algunos hechos que sirven de parámetros objetivos para su evaluación, como lo son por ejemplo entre otros: la extensión del daño causado y la culpa del autor, el estatus de vida de la víctima, su edad, sexo, consecuencias sociales del ilícito, alteraciones físicas, sufrimiento, agravación de enfermedades pre-existentes, cambios en su vida diaria, etc., que deben ser apreciados en su conjunto; este tipo de perjuicio no escapa a las reglas generales contenidas en el artículo 1.689 del Código Civil, debiendo al efecto acreditarse algunas de las señaladas circunstancias, para que así los jueces se encuentren en condiciones mínimas de estimar o comprender la extensión del sufrimiento de la ofendida, quien vio violentado su derecho a la integridad física y psíquica asegurado en el N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política, que ha sido conculcado por el demandado al atentar contra su libertad sexual conforme se encuentra acreditado, según se razonó al establecer los hechos del juicio en el fundamento sexto de esta sentencia.

DECIMOSÉPTIMO: Que siendo el daño moral indemnizable, le corresponde al tribunal hacer prudencialmente su evaluación pecuniaria, teniendo en consideración los antecedentes, que le aporten las partes relativos a las circunstancias que hayan influido en la intensidad del dolor o sufrimiento, su disminución de capacidad de trabajo, las secuelas que causó el hecho doloso, etc., tal cual ocurre en este caso, con la testimonial de la demandante

rendida por Andrea Cerda Echiburú y de Rodrigo Fuentes Garcés, quienes han depuesto acerca del sufrimiento de la demandante y del retroceso que se produjo en el tratamiento médico a que se encontraba sometida por su depresión.

DÉCIMOCTAVO: Que en la regulación del daño moral, el tribunal debe tener en cuenta tanto la naturaleza del hecho culpable y del derecho agraviado como las facultades del autor, pero muy especialmente, las condiciones y situación personal de la ofendida y la manera cómo ha sido afectada en sus actividades normales, siendo el primero un profesional asistente social y la segunda es dueña de casa sin aparentes ingresos en razón de su enfermedad, tales circunstancias permiten, lógica y racionalmente, establecer como un hecho de la causa que la demandante sufrió daño moral, es decir, que experimentó dolor, pesar o angustia como consecuencia del hecho dañoso, por lo que debe hacerse lugar a la demanda por este concepto mas, eso sí, no en el monto solicitado por la parte, pues la valoración que ésta realizó parece desproporcionada al dolor acreditado, se regulará la misma en la suma de \$2.000.000.- [dos millones de pesos], que parece justa y equitativa en atención a la naturaleza del daño sufrido y extensión en el tiempo de su padecimiento.

Por estas consideraciones, y visto además, lo dispuesto en los artículos 1º del Código Penal, 48, 52, 282, 284, 285, 286, 295, 297, 340, 342 y 347 del Código Procesal Penal, se declara:

1.- Que se **absuelve a René César Pacheco Escalera**, ya individualizado, de la acusación formulada en su contra que lo sindicaba en calidad de autor del delito de abuso sexual, cometido en ofensa de L.P.E.R..

Atento lo resuelto precedentemente, alcense las medidas cautelares personales que se hubieren decretado en contra del acusado y tómesese nota de este alzamiento en todo índice o registro público o policial en el que figuraren, en relación a esta causa.

2.- Se condena en costas al Ministerio Público.

3.- Se hace lugar a la demanda civil interpuesta por doña L.P.E.R. en contra del acusado **René César Pacheco Escalera**, sólo en cuanto se lo condena a pagar la suma de \$2.000.000.- [dos

millones de pesos] por concepto de daño moral, cantidad que debe incrementarse con intereses corrientes para operaciones de crédito de dinero calculados desde que la sentencia se encuentre ejecutoriada y hasta su pago efectivo; se rechaza, en lo demás pretendido, la señalada demanda civil.

Cada parte pagará las costas de la acción civil por no haber sido el demandado totalmente vencido.

4) Acordada con el voto en contra del juez don Héctor Cecil Gutiérrez Massardo, quien fue de parecer de condenar al acusado don René César Pacheco Escalera como autor del delito de abuso sexual previsto y sancionado en el artículo 366 N° 1 del Código Penal, en relación con el artículo 366 ter del mismo código, teniendo presente para ello lo siguiente:

a) Que como quedó establecido en el considerando quinto de esta sentencia, el acusado desplegó una conducta forzando la voluntad de la víctima, abrazándola y tocándole sus senos, para ello, incluso empleó la violencia física, quedando secuela física en uno de sus brazos, como lo detalló el médico legista Dr. Daniel Fuentes Muñoz.

b) Que en este contexto fáctico, la tocación de los senos de una mujer en contra de su voluntad empleando violencia, constituyen aquellos actos de significación sexual sancionados en el artículo 366 del Código Penal en relación con el N° 1 del artículo 361 del mismo cuerpo legal.

El delito de abuso sexual encuentra su fundamento incriminatorio en el interés de la protección de la capacidad de autodeterminación del individuo, esto es, en el libre ejercicio de su actividad sexual, de tal manera que actos que impliquen impedir ese ejercicio libre y voluntario en la forma que se describe en el artículo 366 caen bajo el ámbito de su tipicidad.

c) La conducta que el acusado realizó escapan de un simple acoso de naturaleza sexual, pues mediante su acción violenta (cerrar la puerta, abrazarla con fuerza, realizar las tocaciones en los senos y forcejear con la ofendida causándole una lesión) lo ha hecho en contra de la voluntad de la víctima.

La acción de tocar los pechos en el contexto que se dio, esto es, en una oficina del acusado, quien se encuentra en una relación de superioridad

dada las particularidades de su función (asistente social de un Juzgado de Menores) quien cierra la puerta, se abalanza sobre la víctima, la abraza y procede a tocarla, constituyen aquello que el legislador señala como “actos de significación sexual” definidos en el artículo 366 ter del Código Penal. La conducta realizada por el acusado tiene indudablemente un significado sexual y por ende reúne las condiciones de connotación y de relevancia previstas en el tipo penal. Dichas tocaciones tienen por objeto producir su excitación sexual, en forma objetiva, no sólo en la víctima sino que en el propio hecho, por ende, es inequívocamente sexual: Se trata de una zona erógena del cuerpo de la víctima y por ende de relevancia dado el contexto en que se dio, que implicó el empleo de violencia para conseguir el propósito lascivo.

A juicio de este sentenciador, estos tocamientos, en el contexto que se produjo como se señaló, han revestido de la gravedad necesaria para entender que el bien jurídico protegido ha sido vulnerado efectivamente, pues se ha prescindido de la voluntad de la mujer, reduciéndola a un simple objeto de tocamiento afectando su libertad de determinación.

c) Que la existencia de un testigo Eduardo Nuñez Montaña, quien aseveró haber estado el 26 de abril de 2004 en el lugar del suceso, en nada varía la convicción de este sentenciador, toda vez, que, su testimonio aparece descontextualizado, pues, siendo de tal importancia para el acusado, no fue considerado en la investigación administrativa llevada por el Juez de Menores, ni en la investigación del ministerio público, guardándose silencio en relación a su existencia, sin que la defensa haya podido desconocer tal circunstancia relevante (quedó establecido en la audiencia que tanto el acusado como el testigo se reunieron al día siguiente narrándole lo sucedido) que pudo eventualmente haber llevado a la fiscalía a no formular una acusación. En consecuencia, ninguna credibilidad es posible darla al referido testigo.

d) Que además las partes interrogaron exhaustivamente a doña L.E.R. y no se advirtió en ella ninguna motivación espuria o finalidades ocultas, que pudieran dudar de la veracidad de su relato, su testimonio fue claro, quedando en evidencia que lo sufrido no fue un simple roce.

Devuélvanse los documentos acompañados por los intervinientes en el juicio.

En su oportunidad, cúmplase por el Juzgado de Garantía de esta ciudad con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 113 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese.

Redactada por el Juez don Héctor Cecil Gutiérrez Massardo.

RUC N° 0400149935-7

RIT N° 19-2005.

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ARICA DON JORGE QUIÑONES GARAT, HÉCTOR CECIL GUTIÉRREZ MASSARDO Y DON CARLOS ROJAS STAUB.

Arica, treinta de junio de dos mil cinco.

VISTO:

A fojas 9 de esta carpeta, el Defensor Penal Público, don Fernando Gatica Collinet, en representación del acusado René Pacheco Escalera, interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia pronunciada el trece de mayo del año en curso, escrita de fojas 1 a 8 vuelta, de esta carpeta, por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Arica, integrado por los Jueces señores Jorge Quiñones Garat, Héctor Cecil Gutiérrez Massardo y Carlos Rojas Staub, en virtud de la cual se absuelve al mencionado Pacheco Escalera de la acusación que se le formuló, como autor de delito de abuso sexual, cometido en ofensa de L.E.R., condenándose en costas al Ministerio Público; y se hace lugar a la demanda civil deducida por doña L.P.E.R. en contra del acusado referido, sólo en cuanto se condena a este último a pagar la suma de \$2.000.000 (dos millones de pesos) por concepto de daño moral, cantidad que debe incrementarse con intereses corrientes para operaciones de crédito en dinero calculados desde que la sentencia se encuentre ejecutoriada y hasta su pago efectivo, sin costas, por no haber sido totalmente vencido el demandado. Fundamenta su recurso en la causal contemplada en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal en relación

con la letra c) del artículo 342 del mismo Código, y en subsidio, en la de la letra b) del artículo 373 del mismo cuerpo de leyes, por haberse hecho en el pronunciamiento del fallo una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo. Hace presente que se condenó a su representado a pagar una indemnización civil a pesar de ser absuelto de la imputación penal, lo que no es ilegal, pero no se presentó prueba idónea en el juicio para acreditar dichos perjuicios, y no bastarse para ello en las aserciones de la presunta víctima y de personas de su entorno más próximo, por lo que existe una notoria falta de lógica al dar por probado un hecho sin existir prueba apta para acreditar el daño. En subsidio de ello, invoca la causal de nulidad de la letra c) del artículo 373, la que se configura en el considerando sexto en relación con el decimoséptimo, porque al absolverlo en materia penal, y atribuirle a Pacheco Escalera una responsabilidad extracontractual, se requiere que se acredite la malicia en el actuar, lo que en este juicio no aconteció, ya que ni siquiera se pudo acreditar el daño emergente, y respecto al daño moral, lo idóneo era probarlo por medios aptos al efecto, como pericias psicológicas o psiquiátricas, lo que no ocurrió en el juicio oral, siendo, como se dijo, la única prueba los dichos de la víctima, su hija, y su abogado en la causa de menores. Por estos argumentos, si se hubiese hecho una correcta aplicación del derecho no se habría condenado civilmente al demandado, por no darse las exigencias de los artículos 24 del Código Punitivo, porque no hubo sentencia condenatoria en materia penal, y 2314 y 2329 del Código Civil, a saber, que exista delito o cuasidelito para la procedencia de una indemnización, y de malicia o negligencia. Pide: se anule el juicio y la sentencia, sólo respecto en lo que acoge la demanda civil; y para el caso de anular el juicio: a) se determine el estado en que debe quedar el procedimiento, y b) se ordene la remisión de los antecedentes a un tribunal no inhabilitado para la realización de un nuevo juicio; y en caso de anularse solamente la sentencia, se dicte una de reemplazo que rechace la demanda civil y se condene en costas a la demandante, conforme con el artículo 385 del Código Procesal Penal. A fojas 13 de esta carpeta, también dedujo recurso de nulidad la Fiscal Adjunta de Arica, del Ministerio Público, doña Ana María Cortés Espejo, invocando la causal señalada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal,

por haberse hecho en el fallo una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo, al estimar que la acción desplegada por el acusado no se encuentra tipificada en ninguna de las figuras penales contempladas en el Código Penal. Agrega que los hechos inmutables e intangibles establecidos por el Tribunal del Juicio Oral no son susceptibles de revisión por esta Corte, los que fueron determinados en la parte final del considerando quinto (los reproduce), y que el Ministerio Público señala que se encuadran en la figura del delito consumado de abuso sexual previsto y sancionado en el artículo 366 en relación con los artículos 361 y 366 ter, todos del Código Penal. Añade que en la sentencia impugnada los jueces consideraron que no concurría ninguna de las circunstancias del artículo 361, por estimar primero que, en el caso del número uno, fuerza o intimidación, porque ambos elementos deben ser previos al abuso y tener por objeto facilitar su comisión, mientras que la fuerza utilizada por el acusado fue posterior al tocamiento de los senos de la ofendida, y agrega que al rechazar su acto de tocarle los senos la tomó de los brazos y con forcejeo le provocó un moretón; y, por otra parte, que los restantes numerales del artículo 361 no fueron invocados en el juicio. La recurrente sostiene que al estimar los jueces que la fuerza o intimidación deben concurrir en forma previa al acto sexual y solamente para facilitar su comisión, es una errónea interpretación, ya que en el presente caso la fuerza concurrió, y tuvo por objeto vencer la resistencia de la víctima; acota que el tipo de fuerza que conlleva doblegar la voluntad de otro es sólo la de carácter físico que se ejerce sobre la persona abusada sexualmente, no siendo necesario que esta fuerza se mantenga durante la actividad abusiva ni tampoco que la resistencia de la víctima sea continuada. Basta que queden de manifiesto la fuerza y la voluntad de la ofendida y que el agresor actúe por vías de hecho. Continúa señalando que en el presente caso la fuerza que el acusado ejerce sobre la afectada al intentar soltarse del abrazo del acusado, oportunidad en que toca sus senos, reviste plena significación sexual en atención al ánimo libidinoso que la rodea, toda vez que únicamente pretendía retener a la víctima para continuar ejecutando estos actos de connotación sexual. Es evidente que la fuerza está dirigida a vencer la resistencia de la agredida a los avances sexuales del acusado. Añade que el legislador no

limita en el numeral 1 del artículo 361, ni tampoco en el artículo 366, ambos del Código Punitivo, la concurrencia de la fuerza o intimidación, a las etapas previas del acto sexual, por el contrario, la fuerza tiene por objeto vencer la voluntad en contrario de la víctima, compelerla a ejecutar un acto no deseado, sea cual fuese el momento en que la resistencia aparezca o pueda manifestarse. En el presente caso, el acusado actuando sin la voluntad de la víctima, la aborda por la espalda, procediendo a abrazarla mientras presiona sus senos. Efectivamente no hubo fuerza para los efectos de lograr el tocamiento en los senos, toda vez que sorprende a la víctima, pero desde el momento que ésta intenta soltarse, resistiéndose al acto, el acusado ejerció la fuerza para vencer la voluntad en contrario que la ofendida manifestaba. El error de derecho en que incurre el fallo impugnado, que influye sustancialmente en lo dispositivo del mismo, al interpretar equivocadamente los requisitos del artículo 361 N° 1 y 366 del Código Penal, en cuanto a la concurrencia de la fuerza, se produce al concluir como atípico el hecho materia de la acusación, porque de lo contrario, si hubiese una adecuada interpretación de los requisitos legales, a base de los hechos acreditados, se habría condenado al acusado como autor del delito de abuso sexual, ocurrido en Arica el 26 de abril de 2004. Pide que se invalide el juicio oral y la sentencia recurrida, ordenando la realización de un nuevo juicio oral por el tribunal no inhabilitado que corresponda, determinando que el estado en que debe quedar el procedimiento sea el de haberse dictado auto de apertura. A fojas 29 de esta carpeta, la abogada del Centro de Atención Integral a Víctimas por Delitos Violentos, doña Claudia Villalobos Pepe, en representación de doña L.E.R., adhiere al recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, invocando la misma causal, fundamentándose, en resumen, en los mismos argumentos de hecho y de derecho, y efectuando las mismas peticiones.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, a fojas 9 de esta carpeta, el Defensor Penal Público, don Fernando Gatica Collinet, en representación del acusado René Pacheco Escalera, interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia pronunciada el trece de mayo del año en curso, escrita de fojas 1 a 8 vuelta, por el

Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Arica, integrado por los Jueces señores Jorge Quiñones Garat, Héctor Cécil Gutiérrez Massardo y Carlos Rojas Staub, en virtud de la cual se absuelve al mencionado Pacheco Escalera de la acusación que se le formuló, como autor de delito de abuso sexual, cometido en ofensa de L.E.R., condenándose en costas al Ministerio Público; y se hace lugar a la demanda civil deducida por doña L.P.E.R. en contra del acusado referido, sólo en cuanto se condena a este último a pagar la suma de \$2.000.000 (dos millones de pesos) por concepto de daño moral, cantidad que debe incrementarse con intereses corrientes para operaciones de crédito en dinero calculados desde que la sentencia se encuentre ejecutoriada y hasta su pago efectivo, sin costas, por no haber sido totalmente vencido el demandado. Fundamenta su recurso en la causal contemplada en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal en relación con la letra c) del artículo 342 del mismo Código, y en subsidio, en la de la letra b) del artículo 373 del mismo cuerpo de leyes, por haberse hecho en el pronunciamiento del fallo una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo. En síntesis, sostiene que el fallo impugnado acogió la demanda civil a pesar de haberse absuelto al acusado en materia penal, y no habiéndose acreditado por la demandante los daños morales por medios idóneos, importa una vulneración a los artículos 24 del Código Punitivo, 2314 y 2329 del Código Civil, toda vez que no se probó malicia o negligencia en el actuar de Pacheco Escalera.

SEGUNDO: Que el recurrente sostiene que el fallo impugnado no cumple con el requisito consagrado en la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, en cuanto a la valoración de los medios de prueba que fundamentaren sus conclusiones; sin embargo, la misma fue aquilatada en el motivo duodécimo, en relación con los hechos dados por acreditados en el razonamiento quinto, análisis que, a juicio de estos sentenciadores, obliga a desestimar el presente recurso, teniendo también en consideración que el artículo 67 del Código citado, establece la independencia de la acción civil respecto de la acción penal, prescribiendo que la circunstancia de dictarse sentencia absolutoria en materia penal no impedirá que se dé lugar a la acción civil, si fuere legalmente procedente, y que el

daño moral obligado a indemnizar por parte del demandado a la actora, tiene un origen extracontractual, fundado en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, razones jurídicas todas que fueron dadas en las reflexiones decimocuarta y decimoquinta, sin que en el presente caso tenga aplicación, por las razones expuestas, el artículo 24 del Código Penal, esgrimido por el recurrente, todo lo cual obliga a desestimar el presente recurso.

TERCERO: Que, a fojas 13 de esta carpeta, el Ministerio Público dedujo recurso de nulidad, invocando la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 361 y 366, y 366 ter del Código Punitivo, que fundamenta en que la absolución del acusado lo ha sido por haber incurrido la sentencia impugnada en una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo, al estimar que la acción desplegada por el acusado, atendido el hecho establecido en su considerando quinto, no es constitutivo de delito, conclusión equivocada que se sostiene por los jueces orales en la tesis de que la fuerza o intimidación que contempla el numeral 1 del artículo 361, deben ser previos al abuso y tener por objeto facilitar su comisión, circunstancia esta que no se da en el caso en análisis por cuanto la fuerza usada, que se tradujo en lesiones leves por equimosis en la cara interior del brazo derecho, fue posterior al tocamiento de sus senos, según relata la propia ofendida, añadiendo que al rechazar su acto de tocarle los senos la tomó de los brazos y con el forcejeo le provocó un moretón; tesis errónea, puesto que en la especie concurrió la fuerza, la que tenía por objeto vencer la resistencia de la víctima, no siendo necesario que la misma se mantenga durante toda la actividad abusiva, ni tampoco que la resistencia de la ofendida sea continuada, bastando que queden de manifiesto la fuerza y la voluntad contraria; sin perjuicio que toda la actividad de acusado en este caso tiene significación sexual, puesto que la fuerza ejercida sobre la víctima al intentar soltarse del brazo del acusado, oportunidad en que toca sus senos, reviste plena significación sexual en atención al ánimo libidinoso que la rodea, toda vez que pretendía retener a la ofendida para continuar ejecutando esos actos de connotación sexual, fuerza que se ejerció para vencer la resistencia de la ofendida a los avances sexuales del acusado. Concluye que tal errónea aplicación

del derecho significó la absolución del acusado que, de haberse efectuado en forma correcta, hubiese llevado a la condena de éste, por el delito por el cual se le formuló acusación.

CUARTO: Que a fojas 29, la abogada del Centro de Atención Integral a Víctimas por Delitos Violentos, doña Claudia Villalobos Pepe, en representación de doña L.E.R., adhiere al recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, invocando la misma causal, fundamentándose, en resumen, en los mismo argumentos de hecho y de derecho, y efectuando las mismas peticiones.

QUINTO: Que la discusión se centra en determinar si la fuerza descrita en el hecho que se da por establecido en la parte final del motivo quinto del fallo impugnado, prevista en el numeral 1 del artículo 361 del Código Penal, es o no aquélla constitutiva del delito contemplado en el artículo 366, por el cual se acusó al imputado, y además, si debe ser previa al abuso y tener por objeto facilitar su comisión, como lo exigen los jueces orales en el considerando sexto del fallo recurrido.

SEXTO: Que la figura ilícita en que se ha encuadrado el actuar del acusado, es la prevista y sancionada en el N° 1 del artículo 366, en relación con el N° 1 del artículo 361, y 366 ter, todos del Código Penal. La primera norma legal dispone: El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años, será castigado: 1° Con reclusión menor en cualquiera de sus grados, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361. Por su parte, el N° 1 del artículo 361 establece: Cuando se usa fuerza o intimidación. Y, por último, el artículo 366 ter estatuye: Para los efectos de los dos artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no tuviere contacto corporal con ella.

SÉPTIMO: Que, de la simple lectura de las normas legales anteriormente transcritas, se colige que ninguna exigencia, en cuanto a la fuerza, se previene en ellas.

OCTAVO: Que, se entiende por fuerza la violencia material ejercida sobre el cuerpo de la vícti-

ma, con el propósito de anular o vencer la voluntad contraria de esta última a la realización del acceso carnal. Para la configuración del delito, en consecuencia, no se requiere que el sujeto pasivo haya intentado actos concretos de resistencia o defensa; basta con que no haya habido una adhesión voluntaria de su parte a la realización del hecho. (Delitos Sexuales, de Luis Rodríguez Collao, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, citas de páginas 147 y 150, respectivamente). Fuerza es cualquier actividad material, física, que se ejerce sobre el cuerpo de la mujer. Debe ser intensa, o sea, tener la gravedad suficiente para vencer o impedir la resistencia de la víctima, pero no requiere ser irresistible. (Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial, de Mario Garrido Montt, primera edición, página 288).

NOVENO: Que, en este contexto, teniendo en consideración que los hechos descritos en la parte final del considerando quinto del fallo impugnado, que a pesar de su deficiente redacción, deben entenderse como una mala repetición de lo expuesto en el mismo raciocinio como el relato de la ofendida, que dice que el 26 de abril del año 2004, en circunstancias que se encontraba en la oficina del Asistente Social del Juzgado de Menores René Pacheco Escalera, éste en forma sorpresiva la abrazó por detrás, tocándole los senos y al desprenderse de él, la tomó de los brazos causándole lesiones leves, luego de lo cual abandonó la oficina conmovida.

DÉCIMO: Que, en tales circunstancias, la acción del imputado importa un atentado o vulneración al bien jurídico protegido, que lo es el libre ejercicio de la libertad sexual de todo individuo, en este caso, la mujer que en forma sorpresiva fue atacada por la espalda por el acusado, el que la abrazó tocándole los senos, zona erógena de la víctima, la que inmediatamente reaccionó repeliendo al agresor, quien, no obstante que la mujer logró zafarse, insistiendo en su propósito, la tomó del brazo derecho causándole una equimosis leve, a pesar de lo cual la afectada logró huir.

UNDÉCIMO: Que, entonces, hubo fuerza ejercida por el imputado al abrazar a la víctima para impedir su defensa, la que ésta logró vencer al zafarse del agresor, pero que éste siguió ejerciendo al persistir en su acción, tomando a la ofendida de un brazo en el que le causó lesiones, aunque esta última, a pesar de ello logró escabullirse. Ello demues-

tra falta de voluntad o contrariedad por parte de la ofendida, la que solamente pudo reaccionar una vez que se produjo el tocamiento, puesto que fue abordada sorpresivamente y por la espalda, y lo hizo en forma inmediata.

DUODÉCIMO: Que, en consecuencia, en el contexto reseñado, la tocación de los senos de una mujer mayor de doce años de edad, en contra de su voluntad, mediante la fuerza por parte del agresor, constituyen actos de significación sexual castigados en el artículo 366 del Código Penal, en relación con el N° 1 del artículo 361 y el artículo 366 ter, ambos del cuerpo de leyes mencionado.

DECIMOTERCERO: Que, en virtud de lo señalado en los razonamientos precedentes, sin perjuicio de que la norma legal respecto de la fuerza no contempla expresamente exigencias para su concurrencia, las que de la definición de la misma desprenden sus autores, no se contradicen con las mencionadas por los jueces orales en el considerando sexto del fallo impugnado, que, a contrario de lo que ellos concluyen, se dan en el presente caso, puesto que la fuerza no solamente se ejerció después del tocamiento de sus senos y a raíz del forcejeo que hubo entre la víctima y el agresor, sino desde un comienzo, al ser abrazada por la espalda y en forma sorpresiva por éste, momento en que en forma inmediata, como se dijo, la ofendida se opuso a dicho actuar tratando de zafarse de su agresor, ocasionándole posteriormente lesiones en un brazo, del que la tomó el acusado al insistir en su conducta.

DECIMOCUARTO: Que, por lo argumentado, corresponde acoger el recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público, al que ha adherido la parte querellante, por haberse efectuado por los jueces orales en el pronunciamiento de la sentencia impugnada una errónea aplicación del derecho, al estimar que los hechos descritos en la parte final del considerando tercero del mismo, no se encuentra tipificado en la figura penal materia de la acusación, lo que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que de lo contrario, se habría condenado y no absuelto al acusado.

Por las anteriores consideraciones, normas legales citadas, y lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376, 384 y 386, se declara:

a) Que se rechaza el recurso de nulidad deducido a fojas 9 por el Defensor Penal Público, don

Fernando Gatica Collinet, en representación del acusado René Pacheco Escalera, en contra de la sentencia pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Arica, de trece de mayo de dos mil cinco, escrita de fojas 1 a 8 vuelta, de esta carpeta judicial; y

b) Que se acoge el recurso de nulidad interpuesto a fojas 13 por la Fiscal Adjunta de Arica, del Ministerio Público, doña Ana María Cortés Espejo, al que adhirió a fojas 29 la abogada de la parte que-rellante, en representación de doña L.E.R., en con-

tra del fallo aludido, decretándose la nulidad de la referida sentencia y del juicio oral, ordenándose la realización de un nuevo juicio oral por el tribunal no inhabilitado que corresponda, determinándose que el procedimiento queda en el estado de haberse dictado auto de apertura del mismo.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Marcelo Urzúa Pacheco.

Rol N° 115-2005 Ref.

- **Declara que el concepto de autoridad del artículo 264 del Código Penal incluye a los fiscales adjuntos.¹**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Iquique.

Resumen:

El Ministerio Público acusó al imputado como autor de los delitos de porte de arma cortante en la vía pública y desacato de la autoridad del artículo 264 N° 3, párrafo 3º, del Código Penal. La Defensa solicitó la absolución argumentando que el arma incautada fue declarada prueba ilegal, por lo que no pudo ser introducida al juicio, y que el artículo 264 del Código Penal no protege a los fiscales. El Tribunal tuvo por acreditada la existencia del primer delito, y, en voto dividido, condenó también por el segundo al entender que por ser la función de los fiscales el instar por el restablecimiento del derecho, velando así por el respeto de la soberanía misma en el sentido de ser la suprema autoridad que reside en la nación, éstos no pueden sino ser autoridades. En contra de esta sentencia, la Defensa interpuso un recurso de nulidad fundado en los artículos 373 letra b y 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c), todos del Código Procesal Penal. La Corte rechazó el recurso. En cuanto a la primera causal, por carecer de los requisitos de forma que el recurso interpuesto exige al no haber analizado las normas supuestamente infringidas, así como porque al ser los fiscales representantes del órgano estatal que detenta en forma exclusiva el ejercicio de la actividad persecutoria punitiva del Estado, éstos se encuentran insertos en la acepción de autoridad. La segunda causal, porque la apreciación de las antecedentes y probanzas constituye una facultad exclusiva y excluyente del tribunal del juicio, y habiendo podido advertirse de la sola lectura de la sentencia que los elementos de cargo y las argumentaciones de la Defensa fueron analizados y debidamente ponderados en la forma que la ley dispone, no se produjo la infracción reclamada por ésta.

Texto completo:

Iquique, trece de junio del año dos mil cinco.

VISTOS, LOS ANTECEDENTES DEL JUICIO

ORAL:

PRIMERO: Que con fecha ocho de junio del año en curso, ante este Tribunal de Juicio Oral de la ciudad de Iquique, integrado por el Juez Presidente de la Sala don Carlos Cosma Inojosa y los jueces don Eduardo Camus Mesa y don Felipe Ortiz de Zárate Fernández, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral relativa a los autos rol interno N° 95-2005 seguidos en contra del imputado **Esteban Antonio Alcaíno Soto**, cédula de identidad N° **16.742.702-2**, 19 años, militar, natural de Santiago, soltero, domiciliado en pasaje 10 Oriente N° 321, de esta ciudad, en calidad de autor de los delitos de porte de armas cortantes o punzantes en la vía pública y desacato contra la autoridad, el cual se encuentra re-

presentado por su Defensora Penal Licitada, doña Scarlett Muñoz Venegas, domiciliada en calle Orella N° 433, de esta ciudad.

Sostuvo la acusación por el Ministerio Público el fiscal adjunto don Patricio Montecinos Hernández.

SEGUNDO: Que los hechos materia de la acusación del Ministerio Público, según el auto de apertura de juicio oral que origina esta causa, son los siguientes;

Hecho 1.- “El día 05 de enero de 2005, aproximadamente a las 06:20 horas, el acusado don Esteban Alcaíno Soto, fue sorprendido conjuntamente con otro sujeto por Carabineros en la vía pública, específicamente en calle Luis Jaspard esquina pasaje La Cantera en estado de ebriedad, causando desorden y portando en sus manos un cuchillo de 24 centímetros de hoja y con 13 centímetros de empuñadura color café, sin que pudiera justificar razonablemente su porte”.

1 Ambas sentencias fueron dictadas bajo el imperio del antiguo artículo 264 del Código Penal.

Hecho 2.- “Encontrándose en la Primera Comisaría de Carabineros el día 05 de enero de 2005, aproximadamente a las 11:15 horas, el acusado Esteban Alcaíno Soto, en circunstancias que se encontraba detenido, procedió a amenazar a viva voz al Fiscal Adjunto don Patricio Llanamán Nieto y al personal de Carabineros existente en el lugar, señalando que en cuanto saliera en libertad procedería a golpearlo y agredirlo y además utilizó expresiones injuriosas en contra de éste”.

A juicio del acusador los hechos expuestos configuran los delitos de porte de armas cortantes o punzantes en la vía pública, previsto y sancionado en el artículo 288 bis del Código Penal, y el delito de desacato contra la autoridad, previsto y sancionado en los artículos 264 N° 3, párrafo tercero, 265 y 266 del Código Penal, ambos delitos en el grado de desarrollo de consumado.

En su concepto, al acusado Alcaíno Soto, le corresponde la calidad de autor directo e inmediato en los delitos materia de la presente acusación, y a su respecto concurre la circunstancia atenuante consagrada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, que su conducta anterior ha sido irreprochable.

En conformidad a la pena asignada por la ley a los delitos, el grado de desarrollo de los mismos, la participación atribuida al acusado, que no concurren agravantes y le favorece una circunstancia atenuante de responsabilidad penal y atendido lo dispuesto en los artículos 67, 68, 70 y 74 del Código Penal, el Ministerio Público, solicita se aplique al acusado Alcaíno Soto, las siguientes penas:

a) La pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo por la participación que le corresponde en el carácter de autor del delito de porte de armas cortantes o punzantes en la vía pública previsto y sancionado en el artículo 288 bis del Código Penal, más las accesorias legales; el comiso de los instrumentos y efectos del delito y al pago de las costas.

b) La pena de 3 años de reclusión menor en grado medio y multa de 20 unidades tributarias mensuales por la participación que le corresponde en el carácter de autor en el delito de desacato contra la autoridad y al pago de las costas.

TERCERO: Que, la defensa del acusado en su alegato de apertura sostuvo que estos hechos llegaron hasta el tribunal de juicio oral sólo por la

insistencia del Ministerio Público y que el arma blanca que sustenta la primera imputación penal, no se incorporó, porque fue excluida como medio de prueba en la audiencia de preparación, por haberse obtenido en forma ilegítima, y es por ello que al no existir el objeto material que lo incrimina, ha de ser absuelto respecto de este ilícito. Enseguida, sostiene que tampoco existe desacato porque los fiscales no son autoridad y si se estimare que lo fueren, los dichos del imputado no habrían sido tan gravosos, como para estimarlos una injuria o amenaza en los términos planteados por el Ministerio Público.

CUARTO: Que habiéndose advertido al imputado Alcaíno Soto sobre su derecho a guardar silencio o a prestar declaración, éste optó por lo primero.

I.- EN CUANTO AL DELITO DE PORTE DE ARMA CORTANTE EN LA VÍA PÚBLICA.

QUINTO: Que la acusadora con el fin de justificar la primera imputación formulada en contra del imputado Alcaíno Soto presentó en el juicio oral las siguientes pruebas:

Dichos de los funcionarios de Carabineros **ANDROS ÁVALOS DURÁN** y **CÉSAR TORRES CHAVARRÍA**, quienes señalan que la madrugada del 5 de enero del año 2005 estaban de servicio en la población, cuando por aviso radial de CENCO se trasladaron a la Población Jorge Inostroza, pues se había denunciado la existencia de una pendencia en el lugar. Al llegar hasta allá, específicamente en las esquinas de calle Luis Jaspard con Pasaje La Cantera observaron la presencia de dos individuos en estado de ebriedad que golpeaban cajas y gritaban incoherencias y mientras blandían armas blancas de gran tamaño, sujetos que al aproximarse el furgón policial, les gritaron groserías y le golpearon el carro con los cuchillos, razón por la cual fueron detenidos. Añaden que el funcionario Ávalos Durán detuvo al imputado Alcaíno Soto, al cual ambos policías identifican en la audiencia, en tanto que el otro individuo de apellido Gálvez, fue detenido por el funcionario Torres Chavarría. Agregan que ambos presentaban aliento etílico, aunque no se veían ebrios y no entregaron ninguna explicación para su conducta y se limitaban a proporcionar su nombre completo, su número, agregando que eran funcionarios del ejército. Indican que los sujetos fueron trasladados directamente al Hospital para constatarles le-

siones, y en el trayecto golpeaban el carro por dentro con sus pies y puños, tanto estaban alterados que al llegar al recinto hospitalario, prefirieron no ingresarlos al hospital, para que no causaran ahí desórdenes y le solicitaron al médico que saliera a examinarlos en el hall de acceso. Posteriormente, trasladaron a los sujetos a la unidad policial donde el personal de guardia los introdujo a las celdas, y cuando ya estaban afuera, escucharon gritos en el interior de éstas y se enteraron que el imputado Gálvez había golpeado a Alcaíno Soto. Finalmente los dos carabineros indican que el cuchillo empuñado por Alcaíno Soto tenía una hoja de unos 24 centímetros y 13 centímetros de empuñadura.

SEXTO: Que, para configurar el primer delito por el cual se formulan cargos en contra del enjuiciado Alcaíno Soto, es menester que un sujeto haya empuñado un arma cortante o punzante en la vía pública, en áreas urbanas, sin que justificare razonablemente su porte.

En primer término, el porte de un arma cortante por parte del enjuiciado y el carácter de tal de ésta, son hechos que lograron justificarse más allá de toda duda razonable con los atestados categóricos y consistentes de los funcionarios de la policía uniformada de apellidos Ávalos Durán y Torres Chavarría, quienes relataron aquí que convocados en forma radial al sector de la Población Jorge Inostroza, sorprendieron en dicho lugar, en las esquinas de calle Luis Jaspard con Pasaje La Cantera a dos sujetos que blandían sendas armas blancas, uno de ellos el enjuiciado Alcaíno Soto, quien, precisamente, mantenía en una de sus manos un cuchillo que conforme expuso el agente Ávalos Durán, logró serle arrebatado por éste cuando lo redujo, y que ambos policías describieron como un cuchillo con una hoja de 24 centímetros de largo y con una empuñadura de 13 centímetros de extensión, color café, tipo cazador. Estimándose estos testimonios, como suficientes para acreditar ambas circunstancias, por lo preciso, consistente e informado de sus descripciones.

Enseguida, la circunstancia que el acusado fue sorprendido portando el elemento cuyo carácter de arma cortante fue asentado con los testimonios mencionados en el párrafo precedente, en la vía pública, en una área urbana, es una circunstancia que resultó acá demostrada con lo expuesto por estos mismos testigos Ávalos y Torres, en la medida que precisaron que los sujetos que portaban las

armas blancas fueron encontrados justamente en plena vía pública, en las esquinas de calle Luis Jaspard con pasaje La Cantera de esta ciudad, es decir, dentro del área urbana de la misma, según ello es de público conocimiento para todos los residentes de esta comuna, calidad que, asimismo invisten los integrantes de este tribunal.

Finalmente, en este juicio no se contó con la versión del enjuiciado, que dotara de una motivación lógica o razonable al hecho de haber sido sorprendido portando un arma cortante de las características descritas. Peor aún, ni siquiera ofreció tal explicación en forma previa a esta audiencia de juicio, a sus aprehensores, al momento de ser detenido, e ignoramos si entregó alguna versión para su proceder ante el Ministerio Público.

SÉPTIMO: Que, apreciando con libertad la prueba aportada por la acusadora, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, se tiene por acreditado más allá de toda duda razonable que el día 5 de enero de 2005, cerca de las 06:20 horas, el acusado fue sorprendido junto con otro sujeto por carabineros, en la vía pública, en la esquina de calles Luis Jaspard con pasaje La Cantera, en estado etílico, causando desorden y portando en sus manos un cuchillo con una hoja de gran tamaño, sin que pudiera justificar razonablemente su porte.

Tales hechos son constitutivos del delito de porte de arma cortante en la vía pública, en áreas urbanas, previsto y sancionado en el artículo 288 bis incisos primero y segundo del Código Penal, en la medida que el imputado fue sorprendido causando desórdenes en plena vía pública, portando en una de sus manos un cuchillo de gran tamaño, sin que justificare ante la policía ni en la audiencia de juicio razonablemente el porte de esta arma blanca.

OCTAVO: Que, la participación del enjuiciado Esteban Alcaíno Soto en el delito asentado en los fundamentos que preceden, se probó con certeza con los dichos de los mencionados carabineros Andros Ávalos Durán y César Torres Chavarría, quienes con seguridad lo identificaron como el individuo que en la madrugada del 5 de enero del año en curso fue sorprendido por ellos en plena vía pública causando desórdenes y llevando en una de sus manos un cuchillo de gran tamaño, sin que entregara razón alguna para portarlo en ese lugar y mo-

mento. Testimonios que, según se expresó, son contestes en lo sustancial de sus respectivos relatos, fueron mantenidos ante el contraexamen, no fueron contradichos con algún indicio de descargo y no aparecen inspirados en algún motivo ilegítimo.

De este modo, con el mérito de los referidos elementos de cargo, se encuentra suficientemente acreditada la participación de Esteban Antonio Alcaíno Soto en calidad de autor del delito consumado de porte de arma cortante en la vía pública, en áreas urbanas.

II.- EN CUANTO AL DELITO DE DESACATO

NOVENO: Que para acreditar la existencia del delito de desacato por el cual el Ministerio Público, asimismo formuló cargos en contra de Esteban Alcaíno Soto, se contó con los elementos de convicción que siguen:

a) Los dichos del fiscal adjunto don **Patricio Arnoldo Llancamán Nieto** quien señala que el día 5 de enero del 2005 cerca de las 8:30 A.M. en su calidad de fiscal adjunto de esta ciudad se constituyó en la Primera Comisaría de Iquique, en el sector de la guardia de detenidos, donde se enteró de la presencia de dos personas aprehendidas por portar arma blanca en la vía pública y que señalaban ser soldados profesionales del Ejército de Chile. Agrega que constató la presencia de las armas blancas, luego se trasladó a la oficina habilitada al efecto, preparándose para recibir las declaraciones de los imputados detenidos en caso de flagrancia que se allanaren a prestar ésta, estaba ahí cuando escuchó un alboroto en la celda y un grito de un detenido que decía que “todos eran traidores a la patria”, que luego identificó como el imputado Esteban Alcaíno Soto, ante lo cual le indica a los funcionarios de carabineros que lo acompañaban de apellidos Herrera y Larrañaga que trajeran al sujeto hasta su oficina. Al llegar el detenido Alcaíno Soto le indica que es el fiscal adjunto del Ministerio Público a cargo de la investigación, contestándole el detenido sólo su nombre, un número de serie, que es soldado de la unidad cazadores del Regimiento Baquedano y solicitó la presencia del oficial a cargo de su unidad. Le indicó que tal oficial ya había sido llamado, pero no creyó, se le insistió y como no entendía razones fue enviado nuevamente de regreso a su celda. En ese momento, desde el calabozo, distante no más de dos metros de su oficina, y cuya puer-

ta mantenía abierta, le gritó “Fiscal concha de tu madre, no eres ni abogado, te voy a sacar la cresta y te voy a meter todos estos pacos culiados por la raja”, entre otras amenazas y epítetos de grueso calibre. Ante esto lo mandó a buscar y le pidió que le repitiera lo que había dicho, ante lo cual contestó “ya escuchaste huevón”. Identifica al acusado Esteban Alcaíno Soto como el sujeto que profirió en su contra las amenazas y expresiones injuriosas. Indica que por las expresiones proferidas en su contra se sintió injuriado y amenazado por ellas y además porque el sujeto fue detenido con un arma blanca y en un sector altamente conflictivo de la ciudad.

b) Dichos de **Ricardo Larrañaga Larrañaga** y **Eduardo Herrera Varas** quienes exponen que el día 5 de enero del 2005 había un sujeto detenido en la unidad policial quien tras ser entrevistado por el fiscal Llancamán en la oficina habilitada para ello en la unidad, donde sólo entregó su nombre y número e insistió en ver al oficial a cargo de su unidad, se le dijo que venía, pero como no entendía se lo regresó a la celda y cuando ya se encontraba dentro de ella, escucharon que le gritó al fiscal “Fiscal concha de tu madre, no eres ni abogado, te voy a pegar y metete estos pacos culiados por la raja”, y añadió que cuando saliera en libertad lo iba a agredir. El Fiscal salió de la oficina distante no más de dos metros de la celda, lo encaró y le pidió que le repitiera lo que le había dicho y el sujeto le respondió “ya escuchaste huevón”. Agregaron que el sujeto presentaba aliento etílico, pero no estaba ebrio. Añaden que cuando llegó el oficial del ejército cuya presencia el propio imputado pidió, éste se hizo el dormido y luego que el oficial se retiró continuó haciendo escándalo e incluso se subió a la tarima. Ambos identifican al acusado Esteban Alcaíno Soto como el sujeto que injurió y amenazó al fiscal. El carabinero Herrera Varas precisa que las amenazas de agresión iban dirigidas también a carabineros.

DÉCIMO: Que, asimismo el ente persecutor acompañó como prueba documental la siguiente; a) extracto de filiación y antecedentes del imputado Esteban Antonio Alcaíno Soto que figura libre de antecedentes prontuarios anteriores; b) Oficio N° 047/2005 de la Jefe de la Unidad de Recursos Humanos de la fiscalía regional de Tarapacá doña Cecilia Sáez Peña que remite copia de nombramiento del fiscal adjunto Patricio Llancamán Nieto; y c) co-

pia de la resolución DRH Nº 1850 suscrita por el fiscal nacional del Ministerio Público don Guillermo Piedrabuena Richards, en la cual se nombra como Fiscal Adjunto para desempeñarse en la Fiscalía Local de Iquique, a don Patricio Llancamán Nieto.

UNDÉCIMO: Que, para configurar el delito de desacato en la hipótesis sustentada por el ente acusador, es menester, que el imputado haya injuriado o amenazado a una autoridad en el ejercicio de su cargo, entendiéndose que la ejercen constantemente, las autoridades de funciones permanentes o llamadas a ejercerlas en todo caso o circunstancia.

En primer lugar, hay que determinar si un fiscal del Ministerio Público queda cubierto dentro de la idea contenida en la frase “autoridad en el ejercicio del cargo”, prevista en la hipótesis delictiva invocada por la acusadora. El carácter abierto de esta expresión, resulta parcialmente delimitado con el concepto ofrecido en el artículo 266 del Código Punitivo, en la medida que afirma que, ejercen constantemente la autoridad los Ministros de Estado y las autoridades de funciones permanentes o llamadas a ejercerlas en todo caso o evento. Sin embargo, esta precisión es insuficiente para entregar una definición a nivel normativo que otorgue un concepto de lo que se entiende por autoridad para estos efectos, lo que torna indispensable que la misma sea acotada por parte del intérprete, en este caso, el tribunal.

Conforme al mandato de la Carta Fundamental y de la Ley Orgánica que lo organiza y regula sus atribuciones, al Ministerio Público como ente autónomo y jerarquizado le corresponde en forma exclusiva la investigación de los delitos, y en el cumplimiento de tal función está facultado para impartir órdenes directas a la fuerza pública, quien no podrá cuestionar tales mandatos, salvo que requieran aprobación judicial previa. Asimismo al Ministerio Público le corresponde el ejercicio de la acción penal pública, esto es, aquella que se ejerce en nombre y representación de toda la Nación, por tratarse de infracciones penales que no sólo vulneran los intereses del directamente agraviado, sino de la comunidad toda, atendida la intensidad o gravedad del atentado. Estas funciones, son cumplidas a través de los fiscales adjuntos, quienes en representación del Ministerio Público, concreta y materialmente, investigan los hechos ilícitos y ejercitan las acciones penales que de ellos deriven.

Así, el Ministerio Público representa el interés de la comunidad en reestablecer el derecho sobrepasado por acciones individuales que han vulnerado los valores más preciados de ella, precisamente amparados con el estatuto punitivo que, en un estado democrático es, precisamente, el producto de la voluntad soberana de esa misma comunidad, es decir, de la decisión de esta de autogobernarse, principalmente, a través de las leyes que la rigen. En definitiva, la misión del Ministerio Público y de cada uno de sus fiscales, al instar por el restablecimiento del derecho penal, es velar por el respeto de la soberanía misma, entendida como la suprema autoridad que reside en la nación toda.

De lo anterior, los fiscales del Ministerio Público en general y, en la especie, el fiscal adjunto afectado con los hechos de autos, y cuya calidad de tal se justificó por la acusadora con los documentos aportados por ésta al juicio, son autoridades, pues representan los intereses superiores del Estado en el reestablecimiento del derecho.

Pero es la trascendencia o dignidad de esta misma función o si se quiere, misión, según se ha expuesto en los párrafos precedentes, lo que transforma a cada uno de los fiscales del Ministerio Público, en funcionarios merecedores de la protección contenida en la hipótesis de desacato propuesta por el ente acusador, por lo que deben ser estimados autoridades del rango que, conforme a la hipótesis cuarta del Nº 3 del artículo 264 del Código Penal, se hacen merecedores del amparo penal, que por esa normativa se concede no sólo a ellos sino a las restantes autoridades a través de las cuales la nación ejercita su soberanía, como son, el ejecutivo y sus delegados directos, los integrantes del poder legislativo y los integrantes del poder judicial que ejercen jurisdicción. Así, negarles el referido amparo penal a estos funcionarios en su calidad de tales, es negar la dignidad misma de la Nación y del Estado, entendido como la forma en que ésta jurídicamente se organiza.

En segundo término, la existencia y seriedad de las amenazas proferidas resultó suficientemente justificada con los testimonios del Fiscal Patricio Llancamán Nieto y los funcionarios de Carabineros Ricardo Larrañaga Larrañaga y Eduardo Herrera Varas en la medida que todos ellos aseguraron haber escuchado decir al imputado que agrediría al fiscal en cuestión, concretamente que “le iba

a sacar la cresta y le iba meter a todos los pacos culiados en la raja” expresiones que atendido el tono y exaltación con que fueron proferidas, según dieron fe estos mismos testigos, evidenciaban la decidida voluntad del imputado de agredir al fiscal Llanacamán Nieto, es decir, de la seriedad de esa misma amenaza.

Sin embargo, en cuanto a la intensidad de estas mismas amenazas, ellas no parecieron de la gravedad pretendida por el ente persecutor, desde que las mismas al tenor de lo expresado por el propio fiscal Llanacamán Nieto y los policías Larrañaga Larrañaga y Herrera Varas se limitaron a promesas de vías de hecho, o en el peor de los casos de lesionar a este fiscal, lo que debe ponderarse en conjunto con la circunstancia que al momento en que el acusado vertió éstas, se encontraba bajo los efectos del alcohol y exaltado por estar privado de libertad por un hecho que, en su apreciación, no revestía mayor gravedad, lo que no resulta del todo ilógico si se considera la novedad de la figura penal por la cual se le detuvo, que no tenía más de dos meses de vigencia al momento de su aprehensión, todo lo que, necesariamente, ha de conducirnos a estimar de carácter leves las amenazas proferidas.

De este modo, el tribunal ha acotado el desacato a las amenazas leves proferidas y no la extendió a las expresiones injuriosas a las que se extendía la imputación, en el auto de cargos, ello por cuanto primó la opinión más proclive al imputado, en el sentido que para que ellas pudieran haber sido recogidas en la sentencia, debieron estar, pormenorizadamente, descritas y reproducidas en el libelo de la acusación, lo que en la especie no se dio, por lo que en respeto del principio de la congruencia recogido en nuestro actual sistema de enjuiciamiento criminal, la imputación que prosperó quedó limitada a las amenazas.

DÉCIMOSEGUNDO: Que, apreciando con libertad la prueba aportada por la acusadora, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de las experiencias y los conocimientos científicamente afianzados, se tiene por acreditado más allá de toda duda razonable que el día 5 de enero de 2005, cerca de las 11:15 horas, encontrándose el acusado Alcaíno Soto en dependencias existentes en la Primera Comisaría de Carabineros de esta ciudad, procedió a amenazar a viva voz al Fiscal adjunto Patricio Llanacamán Nieto que se encontra-

ba en el lugar, señalando que en cuanto saliera en libertad procedería a agredirlo o golpearlo.

Tales hechos son constitutivos del delito de desacato previsto y sancionado en los artículos 264 Nº 3 hipótesis tercera en relación con los artículos 265 y 266 del Código Penal, en la medida que un sujeto amenazó con golpear a una autoridad en los momentos en que ésta se encontraba ejerciendo su cargo.

DÉCIMOTERCERO: Que, la participación del enjuiciado Esteban Alcaíno Soto en el delito de desacato asentado en los fundamentos que preceden, se probó con certeza con los dichos del afectado fiscal adjunto Llanacamán Nieto y de los mencionados carabineros Herrera Varas y Larrañaga Larrañaga en la medida que, todos estos identificaron al mismo como el sujeto que en la mañana del 5 de enero del año en curso a viva voz amenazó al aludido fiscal con agredirlo, en cuanto recobrar su libertad, en un tono y con una exaltación tal que tornaron verosímil tal amenaza, en expresión de todos ellos.

DÉCIMOCUARTO: Que, la defensa sostiene, en primer término, que no se acreditó el porte de arma blanca, pues el arma cortante no se incorporó a este juicio y ello, porque los funcionarios policiales no cumplieron con su obligación legal de custodiar el arma y derivado de ello se ignora si realmente incautaron un arma cortante y cuál era su naturaleza, es decir, una simple hoja de máquina de afeitar u otro elemento de mayor tamaño. Fue consecuencia de esto que, en la etapa correspondiente, se decretó la exclusión del cuchillo de gran tamaño que se pretendió incorporar como prueba material al juicio. En consecuencia, al no existir tal arma cae por sí sola la imputación del ente acusador, es como si en un juicio de tráfico de estupefacientes no se trajera la droga decomisada. Así la acusación del Ministerio Público queda reducida al desacato, en tal sentido, si bien su representado siempre ha reconocido que profirió algunos garabatos encontrándose exaltado y privado de libertad, esto en caso alguno constituye desacato, pues en la acusación se habla de expresiones injuriosas, pero no se singularizan, de modo que se afecta el principio de congruencia, en la medida que no se define lo que se estima injurioso ni en la formalización ni en la acusación. En seguida, sostiene que los Fiscales no están comprendidos dentro de los

posibles sujetos pasivos del desacato, ello por cuanto éstos están referidos a las autoridades de los poderes tradicionales del Estado y, concretamente, la hipótesis sostenida por el ente acusador alude a los Ministros de Estado y otras autoridades, que deben entenderse del mismo rango y naturaleza de éstos, y no a una institución nueva como es el Ministerio Público. Acoger la tesis del ente acusador implicaría llenar a través de la interpretación un tipo penal en blanco. Además, el propio legislador, actualmente, discute la derogación de las normas de desacato, porque vulnerarían el principio de igualdad ante la ley y libertad de expresión. Incluso a propósito del proyecto de nuevo Código Penal que, entre otras disposiciones, deroga el desacato, lo refiere sólo a injurias y amenazas al Presidente de la República, Ministros de Estado u otras autoridades de igual o similar rango, como son, órganos colegisladores y tribunales superiores de Justicia, obviamente, el fiscal no es una autoridad semejante. Estima que fuera de no existir injurias, tampoco existen amenazas, porque ellas deben ser serias, y el imputado, según los testigos y el propio fiscal, se limitó a decir que lo iba a agredir, sin precisar cuál iba a ser ésta, encontrándose en el interior de un calabozo, por lo que la misma es poco seria, incluso con fecha posterior el Fiscal tuvo nuevo contacto con el imputado y fue éste quien le señaló que tenía prohibición de acercarse a él. En consecuencia, en mérito de todo lo anterior, sólo resulta procedente absolver a su representado de los cargos de ser autor de los delitos de porte de arma cortante en la vía pública y desacato. Finalmente en su réplica sostiene que la actividad del fiscal no está amparada por la norma del desacato, por cuanto éste no es una autoridad en los términos de dicha expresión y por lo demás, el fiscal conforme a su propia función se encuentra sujeto a un grado mayor de exposición frente a la hostilidad de los sujetos pasivos de la persecución penal, hostilidad que en el caso concreto se tradujo en expresiones en su contra, que si bien son reprochables, no pueden ser objeto de persecución penal.

DECIMOQUINTO: Que, en nuestro actual sistema de enjuiciamiento, la coyuntura de no contar físicamente en la audiencia de juicio con el arma cortante cuyo porte se atribuyó al acusado Alcaíno Nieto, y que, sin duda, hubiere representado un importante elemento de convicción, no es un obstácu-

lo insalvable para el ente persecutor, pues contándose aquí con una plena libertad de medios de prueba, según dispone el artículo 295 del Código Procesal Penal, nada impide que los hechos que dan sustento a la imputación se acrediten por otros medios, como en la especie ocurrió, ya que por el mérito de las pruebas con las que sí se contó, se pudo establecer tanto el referido ilícito.

DECIMOSEXTO: Que, tal como lo sostuvo la defensa, y se razonó en el párrafo final del motivo décimo, la vaguedad de la alocución expresiones injuriosas, impide que el principal destinatario del auto de cargos, es decir, el imputado, dote a la misma de un contenido y de ello que reaccione y se defienda respecto de las mismas, por lo que al estimarse severamente afectado el principio de la congruencia procesal consagrado en el artículo 341 del Código de Enjuiciamiento Criminal, se liberó de responsabilidad a Alcaíno Nieto en lo que se refiere a dichas expresiones supuestamente injuriosas.

Contrariamente, no se pudo eximir de responsabilidad al imputado Alcaíno Soto por su amenaza de agredir al fiscal Llanacamán Nieto, cuya existencia efectivamente se justificó en el juicio, y cuya entidad se estimó leve, conforme se razonó, todo ello, extensamente en el fundamento décimo ya indicado.

En efecto, según se dijo, todo fiscal del Ministerio Público es una autoridad que por la trascendencia de su función se hace acreedor de la protección especial contenida en el artículo 264 N° 3 párrafo tercero del Código Penal. De esta manera, al haberse estimado serias las amenazas proferidas en contra del afectado de autos, se configuró aquí un delito de desacato a su respecto.

La tesis de la defensa, en orden a que el cargo de fiscal del Ministerio Público lleva implícito una mayor exposición a la hostilidad por parte de los sujetos pasivos de la persecución penal, y que por ende quien asume tal cargo debe aceptar aquel riesgo, es decir, que ocasionalmente deberá soportar atentados contra su honra por parte de los usuarios del sistema, sin que se le reconozca el derecho a defender penalmente la misma, resulta inaceptable, pues deja a estos funcionarios en una posición incluso inferior o más desmedrada que la de cualquier ciudadano, quien frente a tales expresiones injuriosas o amenazantes, siempre tiene a salvo las acciones penales que corresponden.

De este modo, y como corolario de todo lo anterior, no podrá accederse a las solicitudes de absolución formuladas por la defensa respecto de los dos delitos por los que aquí se formulan cargos al sentenciado Alcaíno Soto, respecto de los cuales el mismo resultará condenado.

DÉCIMOSEPTIMO: Que, efectivamente, con el mérito del extracto de filiación y antecedentes del acusado Esteban Alcaíno Soto que figura libre de anotaciones penales pretéritas, se le reconocerá al enjuiciado la minorante de su conducta anterior irrochable.

DÉCIMOCTAVO: Que entre las penas optativas que la ley prevé para ambos ilícitos se preferirá en los dos casos, la pecuniaria, por parecer menos gravosa al sentenciado, atendido su entidad y eventual pena sustitutiva de la misma, sanción que en consideración a la minorante que concurre, se impondrá en el mínimum, en el quantum que se dirá en la parte resolutive.

DÉCIMONOVENO: Acordada con el voto en contra del juez Sr. Carlos Cosma Inojosa, quien estuvo por absolver a Esteban Antonio Alcaíno Soto, de la acusación formulada en su contra como autor del delito de desacato, al no haberse acreditado, más allá de toda duda razonable, los elementos materia de este ilícito. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 264 del Código Penal, se comete desacato en contra de los órganos colegisladores y tribunales de justicia (cuando se perturbe gravemente el orden en las sesiones o audiencias); de los diputados, senadores y miembros de tribunales (si fueren amenazados o injuriados en dichos actos); de los mismas autoridades, cuando fueren injuriados o amenazados, con ocasión de las opiniones manifestadas en el Congreso o por sus fallos; respecto de los ministros de Estado u otra autoridad por las mismas circunstancias; y, por último, a un superior con ocasión de sus funciones.

De esta enumeración, se desprende, en primer término, que las autoridades amparadas expresamente por dicha norma, corresponden a los miembros de los poderes o funciones clásicas del Estado, esto es, ejecutivo, legislativo y judicial, no considerándose en ella, ni haciéndose mención directa a otros organismos autónomos, como sería en este caso el Ministerio Público.

Asimismo, no se refiere a cualquier miembro de los citados poderes, sino más bien a los de

más alto rango, no incluyéndose a los operadores de los mismos, como serían a vía de ejemplo, a los secretarios regionales ministeriales, jefes de servicio, miembros del poder judicial que no participen en audiencias o emitan fallos, u otros similares, de lo que se desprende que la norma del artículo 264 del Código Penal, brinda protección a quienes constituyen la esencia misma de cada función estatal. Por esto, de incluirse al Ministerio Público en la frase "otras autoridades", opinión que no comparte este sentenciador, el tipo penal sólo sería aplicable al Fiscal Nacional o a quienes se encuentran a cargo de una región.

En tercer lugar, es necesario hacer presente que la norma citada, fue creada con anterioridad a la existencia del Ministerio Público, por lo que claramente no pensó brindar con ella protección a este organismo, constituyendo su inclusión un proceso que iría más allá de la intención del legislador. En este sentido, la disposición mencionada, no sólo protege la honra de las personas, sino también el orden público, el cual no se vería afectado por un detenido ebrio que se comporte groseramente con un fiscal o lo amenace, no muy seriamente, con golpearlo cuando salga.

Por lo anterior, un Fiscal Adjunto, no sería en caso alguno sujeto pasivo del delito de desacato, al no formar parte de alguno de los tradicionales poderes del Estado, no revestir la jerarquía de las restantes autoridades mencionadas y no haber sido considerado al momento de la creación de la norma referida.

No constituye argumento en contrario, lo dispuesto en el artículo 266 del Código Penal en relación al hecho que los Fiscales ejercen sus funciones en forma permanente y que, en el caso de autos, las supuestas ofensas o amenazas hayan sido proferidas con ocasión del ejercicio de su cargo, pues para aplicar esta disposición, es necesario determinar previamente si el Ministerio Público constituye o no una autoridad en los términos del artículo 264 del mencionado texto normativo, habiéndose concluido anteriormente lo contrario.

No es equivalente la función de un Fiscal a la de un miembro de un tribunal de justicia, pues éste en el ejercicio de las funciones que le son propias, es decir las jurisdiccionales, es absolutamente independiente de sus superiores, lo que no ocurre con los fiscales adjuntos, quien incluso en el ejer-

cicio de la acción penal, pueden ser objeto de instrucciones de sus superiores, tanto generales, como específicas, que deben ser acatadas por ellos, pudiendo también ser reemplazados por otros.

Por otra parte, en cuanto a los hechos materia del juicio, la actuación del acusado, según este juez de minoría, tampoco resulta de una gravedad tal, que permita aplicar una norma como la del desacato, que constituyendo una excepción al principio de igualdad ante la ley, debe revestir características de gravedad y seriedad suficientes que justifiquen su aplicación. En este caso, nos encontramos con un imputado privado de libertad, respecto del que sus aprehensores y demás Carabineros reconocen que presentaba aliento etílico, y el cual había sido golpeado previamente por su compañero de celda, por lo que las groserías y presuntas amenazas, debieron ser tomadas dentro de su contexto, esperando prudentemente que se calmara y se le pasaran los efectos del alcohol, para intentar hablar con él. No se pretende con esto argumentar que un Fiscal deba aceptar todo tipo de groserías o amenazas, sino más que ponderadas racionalmente, y sólo de estimar que constituyen reales amenazas, injurias o calumnias, accionar por la vía de estos ilícitos, propios de todos los miembros de la nación.

De haberlo hecho así, habría concluido que el acusado se trataba de un joven de irreprochable conducta anterior y que ejercía un trabajo permanente, como miembro de una institución armada, el cual no se encontraba en su estado normal, producto de la ingesta alcohólica, la situación de encierro y la pelea con su compañero, por lo que obviamente las groserías que decía (que más bien corresponde a garabatos de uso común en la sociedad chilena y no a la imputación de algún vicio a la persona del Fiscal) y los anuncios de agresión, eran tan sólo una expresión de molestia por la situación que se encontraba. Tanto es así, que cuando fue encarado por el Fiscal, no fue capaz de repetir sus dichos y de ahí en adelante, no persistió en su actitud, haciendo presente que tiempo después se encontró con el Sr. Llanacamán, quien no lo reconoció, siendo el propio imputado quien le recordó que tenía la orden de no acercarse a él.

En resumen, el fiscal adjunto, Patricio Llanacamán Nieto, no sólo no constituye una autoridad en los términos del artículo 264 del Código Penal, sino que además los supuestos atentados de que

fue objeto no revisten la gravedad o seriedad necesaria, para accionar por un ilícito que rompe la situación de igualdad existente entre el común de los ciudadanos y algunas de sus autoridades, en el ejercicio de sus funciones primordiales, por lo que sería procedente dictar sentencia absolutoria a favor de Esteban Antonio Alcaíno Soto.

Por último, es necesario hacer mención que en nuestro nuevo sistema procesal penal, elevar a uno de sus actores, Ministerio Público, a través de sus Fiscales Adjuntos, a la categoría de "autoridad" (sin que el no hacerlo implique desconocer la importancia de su trabajo), desequilibraría cualquier discusión, llevando a colocar al acusado, no sólo frente al representante del poder punitivo del Estado, el juez, sino frente a un ente acusador que se encontraría en el mismo nivel del anterior.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 47, 49, 60, 68, 264 N° 3 párrafo tercero, 265, 266 y 288 bis del Código Penal; y artículos 1, 45, 281, 295, 296, 297, 306, 309, 325 y siguientes, 348, y 468 del Código Procesal Penal; se declara:

- I.- Que se condena a **ESTEBAN ANTONIO ALCAÍNO SOTO**, ya individualizado, como **AUTOR** del delito de **PORTE DE ARMA CORTANTE EN LA VÍA PÚBLICA, EN ÁREAS URBANAS**, cometido en Iquique el día cinco de enero del año dos mil cinco, a la pena de **MULTA** en beneficio fiscal de **UNA UNIDAD TRIBUTARIA MENSUAL** y al pago de las costas de la causa.
- II.- Que se condena a **ESTEBAN ANTONIO ALCAÍNO SOTO**, ya individualizado, como **AUTOR** del delito de **DESACATO** cometido en Iquique el día cinco de enero del año dos mil cinco, a la pena de **MULTA** en beneficio fiscal de **SEIS UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES** y al pago de las costas de la causa.
- III.- Que, si el sentenciado Alcaíno Soto no pagare las multas impuestas sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión regulándose un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual y, que en este caso, ascenderían a treinta y cinco días, por el cómputo conjunto de ambas multas.

IV.- Ejecutoriada la presente sentencia cúmplase con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiándose al efecto.

V.- Devuélvase a la Fiscalía los documentos acompañados en la audiencia.

Acordada con el voto en contra del juez Sr. Carlos Cosma Inojosa, quien estuvo por absolver a Esteban Antonio Alcaíno Soto, de la acusación formulada en su contra como autor del delito de desacato, por los fundamentos expresados en el considerando DÉCIMO NOVENO del presente fallo.

Regístrese, comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de esta ciudad para su cumplimiento y hecho, archívese.

Redactada por el Juez don Felipe Ortiz de Zárate Fernández, y la disidencia por su autor.

R.U.C. : 0500006415-9

R.I.T. : 95-2005

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE IQUIQUE DON CARLOS COSMA INOJOSA, DON EDUARDO CAMUS MESA Y DON FELIPE ORTIZ DE ZÁRATE FERNÁNDEZ.

Iquique, diez de agosto de dos mil cinco.

VISTO Y OÍDO:

La interposición del recurso de nulidad deducido a fs. 16 y siguientes de esta carpeta, por doña Scarlett Muñoz Venegas, Defensor Penal Público, en representación de Esteban Alcaíno Soto, en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Oral de Iquique, integrada por los jueces sres. Carlos Cosma Inojosa, Eduardo Camus Mesa y Felipe Ortiz de Zárate Fernández, el trece de junio último, que condena al aludido Esteban Antonio Alcaíno Soto, a sufrir dos penas pecuniarias equivalentes a una y seis unidades tributarias mensuales, en calidad de autor de los delitos de porte de arma cortante en la vía pública en áreas urbanas y de desacato, respectivamente, por estimar que concurren las causales de las letras b) del artículo 373 y e) del artículo 374, en relación con la letra c) del artículo 342, todos del Código Procesal Penal, solicitando que anulada la referida sentencia, se dicte la de reemplazo correspondiente, o, en subsidio, se disponga la nulidad del fallo y del juicio, ordenándose la realización de uno nuevo por tribunal no inhabilitado.

TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que la Defensor Penal Público, doña Scarlett Muñoz Venegas, en representación de Esteban Alcaíno Soto, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Oral de Iquique, integrada por los jueces sres. Carlos Cosma Inojosa, Eduardo Camus Mesa y Felipe Ortiz de Zárate Fernández, el trece de junio último, que condena al mencionado Esteban Antonio Alcaíno Soto, a sufrir dos penas pecuniarias equivalentes a una y seis unidades tributarias mensuales, en calidad de autor de los delitos de porte de arma cortante en la vía pública en áreas urbanas y de desacato, respectivamente, por estimar que concurren las causales de las letras b) del artículo 373 y e) del artículo 374, en relación con la letra c) del artículo 342, todos del Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Que, en cuanto a la causal formulada como principal, letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que estima configurada en el razonamiento undécimo del fallo, asevera que debe dilucidarse cuál es el concepto de autoridad exigido por la norma, para lo cual debe rechazarse cualquier intento de efectuar una interpretación extensiva para ampliar el alcance del sentido, de los sujetos o de la materia de la prohibición, estimando que los jueces recurridos efectuaron una errónea aplicación del derecho al decidir que el concepto de autoridad, integrante del tipo penal, se extiende al Ministerio Público, porque la norma del artículo 264 del Código Punitivo está referida a los órganos colegisladores y tribunales de justicia, en el caso que se perturbe gravemente el orden en las sesiones o audiencias, a los miembros del Congreso o de los tribunales si fuesen amenazados o injuriados en los mismos actos o con ocasión de las opiniones por ellos emitidos en el Congreso o en sus sentencias, respectivamente, Ministros de Estado u otras autoridades en las mismas circunstancias y a un superior con ocasión de sus funciones, de lo que se deduce que esa disposición está referida a altas magistraturas de los Poderes del Estado, en lo que dice relación con la función que ejercen, de suerte que al no existir el Ministerio Público en la época de establecimiento del delito, no puede estimársele formando parte de la figura típica, añadiendo que la interpretación del Tribunal Oral no sólo es prohibida

sino peligrosa ya que se fundamenta en el resguardo a la Nación, contrariando el artículo 5º de la Constitución Política de la República. Encuentra la recurrente otro error en la actuación que denuncia, que atribuye seriedad a las expresiones vertidas por su representado, explicando que ellas lo fueron en el contexto de hallarse detenido, en un calabozo y en estado de ebriedad, viéndose impedido de un actuar reflexivo. Cree ver un tercer error en la actividad de los recurridos cuando dan por establecido el delito de porte de arma blanca, sin que se pudiera acreditar la existencia física del instrumento, arma cuya presentación en el juicio fue excluida por inobservancia de garantías constitucionales, interpretación que no obsta al sistema de libertad de prueba ya que existen determinados hechos que, por su naturaleza intrínseca, sólo pueden acreditarse con una evidencia física, cuyo es el caso.

TERCERO: Que en cuanto a la causal subsidiaria de la letra e) del artículo 374 en relación con la letra c) del artículo 342, ambos del Código Procesal Penal, que estima acreditada en el párrafo quinto del motivo decimosexto de la sentencia, la hace consistir en la exposición incompleta de los argumentos de la defensa, ya que nunca sostuvo que el Fiscal Adjunto carecía de la posibilidad de accionar si era víctima de amenazas o injurias, sino que gozaba de protección como cualquier ciudadano, no como autoridad.

CUARTO: Que para una adecuada resolución del primer capítulo del recurso de nulidad, debe consignarse que los hechos que los Jueces del juicio dieron por acreditados, en conformidad con la norma del artículo 297 del Código Procesal Penal, es decir, con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, fueron: que el día 5 de enero de 2005, cerca de las 11:15 horas, encontrándose el acusado Alcaíno Soto en dependencias existentes en la Primera Comisaría de Carabineros de esta ciudad, procedió a amenazar a viva voz al Fiscal adjunto Patricio Llanca-mán Nieto que se encontraba en el lugar, señalando que en cuanto saliera en libertad procedería a agredirlo o golpearlo, como también que esos hechos son constitutivos del delito de desacato previsto y sancionado en los artículos 264 n° 3 hipótesis tercera en relación con los artículos 265 y 266 del Código Penal.

QUINTO: Que, establecido lo anterior, esta Corte, en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 380 y 383, que debe realizarse con absoluta rigurosidad, en virtud de la naturaleza excepcional del recurso de nulidad, no puede sino arribar a la convicción de que la señalada causal resulta inadmisibles por carecer de fundamentos de derecho, desde que, tal como se consignó en la parte final del fundamento precedente, el tribunal del juicio tuvo por configurado el ilícito del artículo 264 n° 3 hipótesis tercera en relación con los artículos 265 y 266 del Código Punitivo, normas estas últimas que no son analizadas ni siquiera mencionadas en el recurso, encontrándose consecuentemente esta Corte impedida de examinar la causal.

SEXTO: Que, a mayor abundamiento, si se recuerda que los hechos asentados en el juicio, y que esta Corte, por mandato legal no puede alterar, se hicieron consistir en que encontrándose el imputado en un calabozo de un cuartel judicial increpó en la forma que en el fallo se expresa a un Fiscal Adjunto que se hallaba en el mismo lugar, de manera que de estimarse que el recurso por la causal en comento es admisible, en cuanto al fondo no puede prosperar por lo que se dirá a continuación.

SÉPTIMO: Desde luego, porque, al margen de las opiniones en relación a la procedencia del delito que nos ocupa en regímenes democráticos, o su justificación ante la necesidad de acallar las críticas a la autoridad pública, o que constituye una restricción a la libertad de opinión, o, por último, que consagra un privilegio a favor de los funcionarios públicos, lo cierto es que no existe sociedad organizada en la que se propugne el ejercicio absoluto de los derechos, éstos siempre reconocerán limitantes respecto del honor de las personas y la igualdad jurídica, y, tratándose de la figura del desacato -que se define como la falta al debido respeto a los superiores, comprende dos aspectos, el referido al órgano en cuanto institución afectado por la conducta, o bien el órgano en cuanto persona-, se ha constituido en figura típica simplemente porque el Estado de Derecho sienta sus bases en instituciones fundamentales, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, bases o principios que deben ser respetadas para evitar su destrucción. Al respecto, interesante resulta destacar el párrafo del Mensaje del Gobierno, acompañando el Código Penal al Congreso Nacional, en la lejana época de junio de 1874, cuando, en el acápi-

te relativo al Libro II, se avanza que el proyecto examina todos los hechos que puedan importar un ataque a la soberanía o seguridad exterior de la Nación, luego revisa los delitos contra la seguridad interior, aquellos que impiden el libre ejercicio de los poderes públicos y que destruyan la marcha regular del Estado, dictando preceptos para asegurar el completo y perfecto ejercicio de las libertades individuales y de los derechos que la Carta asegura a los ciudadanos, haciéndose necesario reprimir todo acto que ponga en peligro los benéficos resultados de la actividad propia del Estado.

OCTAVO: Que, determinado como está el concepto general del desacato, resta entonces dilucidar si en él se encuentran incluidos los miembros del Ministerio Público. Para resolver tal cuestión, debe iniciarse el razonamiento con la cita de la norma constitucional del artículo 80 A de la Carta Fundamental, que dispone que un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley, sin que pueda atribuirse funciones jurisdiccionales, teniendo las limitaciones que la misma Carta contempla. Luego, debe también mencionarse que por autoridad se entiende carácter o representación de una persona por su empleo, mérito o nacimiento; potestad, facultad; poder que tiene una persona sobre otra que le está subordinada; persona revestida de algún poder, mando o magistratura, y, por poder, dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar o ejecutar una cosa; fuerza, vigor, capacidad, posibilidad, poderío.

NOVENO: Que de lo avanzado, no puede sino concluirse que los Fiscales del Ministerio Público, EN CUANTO representantes del órgano estatal que detenta en forma exclusiva el ejercicio de la actividad persecutoria punitiva del Estado relativa a los hechos típicos de acción pública, es decir, conductor y responsable de la misma, Sí se encuentran

insertos en la acepción de autoridad y por lo mismo amparados por el tipo penal aplicado por los recurridos.

DÉCIMO: Que también se rechazarán las argumentaciones relativas al segundo y tercer error que constituyen la primera causal, teniendo para ello en consideración lo tantas veces expresado por esta Corte en el sentido que la apreciación de las antecedentes y probanzas, con entera libertad, constituye una facultad exclusiva y excluyente del tribunal del juicio, debiendo sólo respetarse las reglas de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, advirtiéndose de la sola lectura de la sentencia que los elementos de cargo y las argumentaciones de la defensa, en cuanto al contexto en que obró el imputado y al ilícito de porte de arma blanca, fueron analizados y debidamente ponderados en la forma que la ley dispone.

UNDÉCIMO: Que, resuelto el primer capítulo del recurso, corresponde hacerse cargo del segundo, cual es, la infracción al artículo 374 letra e) en relación con la letra c) del artículo 342, ambos del Código de Enjuiciamiento, bastando para su rechazo reiterar los argumentos contenidos en el razonamiento precedente.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 372, 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad intentado por la Defensor Penal Público, doña Scarlett Muñoz Venegas, en representación de Esteban Antonio Alcáino Soto, en contra de la sentencia dictada el trece de junio último, por la Primera Sala del Tribunal Oral de Iquique, integrada por los jueces sres. Carlos Cosma Inojosa, Eduardo Camus Mesa y Felipe Ortiz de Zárate Fernández. Regístrese, dése a conocer a los intervinientes sin perjuicio de su notificación por el estado diario, devuélvase conjuntamente con su respectivo registro.

RUC 0500006415 9;

RIT 95 2005.

ROL IC. 84 2005.

- **Declara que la disposición efectiva de las especies sustraídas corresponde al agotamiento del delito, no a su consumación.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Santiago.

Resumen:

La Fiscalía acusó a la imputada como autora de un hurto falta consumado por haber sustraído especies desde un supermercado, logrando ser detenida por los guardias de seguridad a la salida de éste. La acusada aceptó su responsabilidad en los hechos, pero fue absuelta por el Tribunal de Garantía por estimar que el hurto en cuestión sólo llegó al grado de frustrado. El Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad en contra del fallo absolutorio esgrimiendo la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. La Corte hizo suyos los argumentos de la Fiscalía, señalando que efectivamente la figura penal del hurto no exige para su consumación la disposición efectiva de las especies sustraídas, bastando que haya existido una disposición potencial de éstas. Agregó que, atendidas las características de los supermercados en que la mercadería puede ser tomada por cualquiera, sólo se materializa su disposición al salir del lugar, momento, también, en que dejan de estar bajo la esfera de resguardo de su propietario.

Texto completo:

Santiago, ocho de septiembre de dos mil cinco.

VISTOS:

En los antecedentes RUC 0500326360-8, del Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, por sentencia definitiva fecha treinta de julio del año en curso, recaída en procedimiento simplificado, se absolvió a la imputada Juana del Carmen Meyer Cotal del requerimiento que el Ministerio Público formuló en su contra, como autora de un hurto falta consumado, previsto en el artículo 494 bis del Código Penal, imponiéndose a la Fiscalía el pago de las costas. En contra de esta sentencia la Fiscal adjunto, doña Ninoska Mosnich González, dedujo recurso de nulidad por la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, fundada en que el fallo impugnado habría hecho una errónea aplicación del derecho que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo, pues al calificar de frustrado un hurto falta ya consumado, y absolver a la imputada no obstante haber ésta admitido su responsabilidad en los hechos, habría infringido las normas contenidas en los artículos 7º del Código Penal y 395 del Código Procesal Penal, respectivamente. Pide, en consecuencia, se acoja el recurso de nulidad por la causal indicada, se invalide

de la sentencia recurrida y el juicio oral en procedimiento simplificado, a fin que se lleve a efecto un nuevo juzgamiento por el tribunal no inhabilitado que corresponda.

Concedido el recurso y elevado a conocimiento de esta Corte, se procedió a la vista de la causa en la audiencia pública del día 23 de agosto del año en curso, con asistencia de la Fiscal, doña Liada Secchi Azolas, del abogado de la parte querrelante, don Matías Balmaceda M. y del Defensor Público don Manuel Díaz. Después de analizar y resolver el tribunal la admisibilidad del recurso, se escucharon los alegatos de los intervinientes y una vez concluido el debate, se les citó para la lectura del fallo acordado, a la audiencia del día 8 del presente, a las 14:00 horas.

Considerando:

1º) Que el recurso de nulidad planteado por el Ministerio Público se funda en la causal prevista en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, que admite la declaración de nulidad del juicio y de la sentencia, cuando en el pronunciamiento del fallo se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del mismo. En este caso, el Ministerio Público esgrime como fundamento de la causal invocada dos errores de derecho. El primero lo hace consistir en una errada aplicación del artículo 395

del Código Procesal Penal, por estimar que habiendo la imputada admitido su responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento que se formuló en su contra, como autora de hurto falta frustrado, no pudo el tribunal dictar sentencia absoluta, argumentando que la norma citada confiere al juez sólo dos alternativas: condenar al imputado, o fijar una audiencia de realización del juicio simplificado contradictorio en el cual deberán presentarse las pruebas. La segunda infracción que se reprocha es la errónea aplicación del artículo 7º del Código Penal, que condujo a la absolución de la imputada, por haberse calificado los hechos en grado de frustración, no obstante tratarse de un hurto falta consumado.

2º) Que, refiriéndose a la consumación del delito de hurto, la Sra. Fiscal sostiene que esta etapa se alcanza cuando se obtiene la apropiación de la cosa, no siendo necesario que el agente haya conseguido el beneficio o lucro que esperaba, lo que sucede más bien al momento en que el delito se agota. Agrega que el hurto se consuma cuando el sujeto se apodera de la cosa ajena, arrogándose las facultades de señor y dueño, teniendo la posibilidad de ejercer la facultad de disposición, aunque sea por un instante. En el caso sub-lite, añade, este momento corresponde a aquel en que la imputada salió hacia la vía pública, portando consigo las especies sustraídas, instante en el cual habría tenido, al menos, la posibilidad de disponer de ellas. Hace presente que, tratándose de locales comerciales de las características del supermercado en que se produjo el hurto, la jurisprudencia ha determinado que cuando el hechor atraviesa las cajas registradoras, traspasa la esfera de resguardo del propietario y consuma su conducta delictiva.

3º) Que el abogado de la parte querellante comparte el criterio del Ministerio Público, en cuanto atribuye a la sentencia una errada aplicación del artículo 7º del Código Penal, que habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues la calificación del hecho en etapa de frustración, habría dejado impune una conducta que debió ser castigada. Disiente, sin embargo, respecto del momento en que se consuma el delito de hurto, argumentando que para ello es suficiente que exista apropiación contra la voluntad del dueño, sin que se requiera que el hechor tenga la posibilidad de disponer de la especie sustraída, lo que sería propio de

la fase de agotamiento del delito. A su juicio, basta que el agente quebrante la órbita de custodia del propietario, para incorporar la especie a su propia esfera de resguardo, como cuando la oculta entre sus ropas, por ejemplo.

4º) Que la defensa de la imputada solicitó el rechazo del recurso de nulidad fundada en que la sentencia del juez de garantía hace una correcta interpretación de la Constitución y la Ley, negando que exista infracción a lo dispuesto en el artículo 395 el Código Procesal Penal, pues aunque la imputada aceptó responsabilidad en los hechos, al no ser éstos constitutivos de delito, no podía dictarse sentencia condenatoria en su contra. Descarta también una errada aplicación del artículo 7º del Código Penal, alegando que el hurto requiere de apropiación, lo que supone adquirir, es decir, poder usar, gozar y disponer de una cosa, de modo que la conducta de la imputada, quien nunca estuvo en situación de disponer de las especies, pues permaneció siempre bajo la vigilancia de los guardias de seguridad que la detuvieron en la vía pública, no habría llegado a consumarse, e incluso habría alcanzado sólo el grado de tentativa.

5º) Que, desde luego, no cabe sino descartar la supuesta infracción a lo dispuesto en el artículo 395 del Código Procesal Penal que se denuncia en el recurso. En efecto, la aceptación de responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento no tiene el alcance que se le atribuye, sino sólo autoriza que a partir de tales hechos se pronuncie una sentencia inmediata, a la vez que permite al imputado acceder -en el evento de una condena- a un castigo más benigno, pues en lugar de la pena original que la ley sustantiva asigna al delito en abstracto, se le impondrá una sanción menos gravosa, como es la de multa, o en su lugar y sólo excepcionalmente, la de prisión. Es, pues, sobre la base de los hechos que fueron objeto del requerimiento que el juez debe pronunciar su sentencia de absolución o condena, ya que contrariamente a lo sostenido por el Ministerio Público, la admisión de responsabilidad de que trata la norma citada no significa la aceptación de una pena, ni menos puede obligar al juez a sancionar los hechos si éstos no corresponden a una conducta previamente descrita y sancionada por la ley.

6º) Que la segunda infracción que se reprocha en el recurso es una errónea aplicación del ar-

título 7º del Código Penal, por haber resuelto la sentencia que, por su grado de ejecución, la conducta desplegada por la persona requerida sólo alcanzó la etapa de frustración, lo que no la hace punible, por efecto de lo dispuesto en el artículo 9º del Código Penal, que establece que las faltas sólo se castigan cuando se encuentran consumadas.

7º) Que para resolver sobre el particular conviene recordar la forma y lugar en que ocurrieron los hechos, que de acuerdo a lo establecido en la sentencia que se revisa y a lo expresado por los intervinientes en la audiencia en que se conoció de este recurso de nulidad, ocurrieron el día 29 de julio de 2005, aproximadamente a las 17:45 horas, cuando la acusada portaba cuatro sartenes marca Hauss valorados en la suma total de \$13.960, que no pagó al pasar por las cajas registradoras, siendo detenida en la vía pública luego de haber traspasado la puerta principal del Supermercado Líder, ubicado en Avda. General Velásquez N° 060, de esta ciudad, por guardias del establecimiento que requirieron la presencia policial.

8º) Que de la manera expuesta, es incuestionable que la imputada tomó las especies desde las estanterías del local, traspasó las cajas registradoras sin pagarlas, lo que demuestra su intención de apropiárselas con ánimo de lucro, contra la voluntad de su dueño, culminando su conducta delictiva cuando logró salir del recinto del supermercado hacia la vía pública, porque en ese momento había ya desplegado todas las acciones destinadas a consumir la apropiación y pudo disponer potencialmente de las especies como suyas, ya que pese a la presencia de los guardias, tuvo la posibilidad de burlar su vigilancia, ocultar las especies, entregarlas a un tercero o introducirlas en un vehículo, por ejemplo. De esta manera, al momento de la detención, la conducta de la imputada se había ejecutado en su integridad, cumpliéndose todos los requisitos del tipo, que no exige la disposición efectiva de la especie sustraída, propia de la fase de agotamiento del delito más que de su consumación.

9º) Que al decidir sobre la fase de ejecución del hurto falta objeto del requerimiento, no es posible desatender las especiales características que presentan las salas de venta de locales comerciales como el supermercado en que ocurrieron los hechos, en cuyo interior pueden los particulares desplazarse libremente, portando cualquier producto

que escojan desde las estanterías, para pagarlo al pasar por las cajas registradoras. Sin perjuicio, también es posible que estas personas desistan de su intención de adquirir los productos y los abandonen en el interior del establecimiento, para salir hacia el exterior por lugares habilitados, sin efectuar ninguna compra. Es así, que para controlar el normal desarrollo de su actividad económica, el dueño de la empresa puede instalar sistemas de seguridad y vigilancia, pero estos mecanismos no tienen el alcance de extender hacia las afueras del establecimiento, la esfera de resguardo que el propietario tiene sobre las especies de su dominio.

10º) Que, en consecuencia, el juez de garantía ha hecho errónea aplicación del derecho, infringiendo el inciso segundo del artículo 7º del Código Penal, al calificar de frustrada la conducta establecida en su sentencia, error que ha influido sustancialmente en lo decisorio de la misma, pues condujo a la absolución de la imputada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º del mismo cuerpo legal, configurándose de este modo los presupuestos de nulidad previstos en el artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, invocados en el recurso.

Por estas consideraciones y visto, además lo dispuesto en los artículos 372, 373, 376, 384 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia del Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, de fecha treinta de julio del año en curso, la que es nula, al igual que el juicio que le precedió, y se retrotrae el procedimiento al estado de realizar nuevamente la audiencia en procedimiento simplificado, por el juez no inhabilitado que corresponda.

Regístrese y devuélvase la competencia.

Redacción de la Ministro señora Rosa María Maggi Ducommun.

RUC 0500326360-8. N° 98-2005.-

PRONUNCIADA POR LA SEGUNDA SALA DE ESTA I. CORTE DE APELACIONES, INTEGRADA POR LOS MINISTROS SEÑORA ROSA MARÍA MAGGI DUCOMMUN Y MINISTRO SUPLENTE SEÑORA RAQUEL LERMANDA SPICHIGER Y ABOGADO INTEGRANTE SEÑORA ÁNGELA RADOVIC SCHOEPEN.

CORTE SUPREMA

• **Declara que la admisibilidad del recurso de apelación no es susceptible de ser revisada por medio del recurso de queja, así como el acoger o rechazar circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal es resorte exclusivo de los jueces del fondo.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de queja aduciendo que los Ministros de Alzada no se habrían pronunciado respecto de la inadmisibilidad de los recursos de apelación concedidos a los acusadores; así como respecto de las minorantes que beneficiaban al acusado, y la incorrecta determinación de la pena en la sentencia definitiva. La Corte Suprema desestimó el recurso señalando que conceder o denegar un recurso de apelación no es una resolución que admita ser impugnada por la vía del recurso disciplinario. En cuanto a las minorantes alegadas, y su influencia en la determinación de la pena, expresó que el reconocimiento y calificación de éstas, así como el quantum de la sanción para efectos del otorgamiento de la remisión condicional de la pena, son un tema de interpretación propia de la labor de los jueces del fondo. A mayor abundamiento, agregó que la pena impuesta en autos, aun con el reconocimiento de las modificatorias invocadas por la Defensa, se encuentra dentro de los márgenes que la ley permite.

El voto de minoría declaró que procedía acoger la minorante de procurar reparar con celo el mal causado, porque la ley no reclama resultados exitosos, sino sólo que se exteriorice un propósito serio traducido en un esfuerzo personal considerable encaminado a la obtención del resarcimiento. Sin embargo, el voto de minoría declaró que la falta de reconocimiento no era impugnable por la vía disciplinaria, porque es facultad privativa de los sentenciadores del grado rebajar o no la pena base cuando concurren atenuantes de responsabilidad criminal, según lo dispone el artículo 68 inciso tercero del Código Penal.

Texto completo:

Santiago, nueve de agosto de dos mil cinco.

VISTOS:

A fojas 113 Alfredo Morgado Travezan, en representación de Jorge Lavandero Illanes, recurre de queja en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco, señores Leopoldo Llanos, Fernando Carreño y Fiscal Judicial Luis Troncoso, en razón de las faltas o abusos graves, que en su concepto, habrían cometido en el pronunciamiento de la sentencia definitiva de segunda instancia que indica. Sostiene que son tres los acápite de faltas o abusos graves, a saber a) El haber desestimado las alegaciones de su parte relativas a la inadmisibilidad de los recursos de apelación interpuestos

tanto por el Ministerio Público, como por el Querrelante Particular; b) La falta de pronunciamiento en la parte declarativa del fallo de alzada respecto de las minorantes de responsabilidad penal, cuyo reconocimiento fuera expresamente solicitado por esa defensa; c) La incorrecta determinación de la pena a aplicar a su representado, como asimismo del beneficio de cumplimiento alternativo de dicha pena.

A fojas 178 se agrega informe de los Ministros recurridos.

A fojas 183 se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO

1° Que el recurso de queja, consagrado en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abu-

sos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional y dice relación con las facultades disciplinarias de que se encuentran investidos los Tribunales Superiores de Justicia.

2° Que la disciplina dice relación con el orden, pero éste resulta subordinado a la ley, en términos que el análisis de la existencia de los presupuestos fácticos para la procedencia del ejercicio de las facultades disciplinarias importa o conduce a analizar en el caso concreto si los sentenciadores obraron o no dentro del marco de acción que la ley les permite, o dicho de otro modo si el legislador impuso para el caso concreto una forma de conducta obligada, puesto que sólo en el caso de exceder dichos márgenes cabe hacer uso de las referidas facultades. En dicho contexto cabe examinar las faltas o abusos graves denunciados por el recurrente.

3° Que en cuanto a la admisibilidad de los recursos de apelación de los acusadores -Ministerio Público y querellante particular- que corresponde al primer capítulo de impugnación, cabe consignar que:

a) Los mencionados recursos fueron concedidos por resolución de uno de julio de 2005, como consta a fojas 722 de los antecedentes respectivos.

b) La defensa del imputado Lavandero dedujo recurso de hecho en contra de la mencionada resolución, el que fue declarado sin lugar por la Corte de Temuco.

c) Por último se interpuso recurso de queja en contra de los Ministros que suscribieron la anterior resolución, recurso de se declaró inadmisibles por resolución de once de julio del año en curso de este Tribunal.

4° Que, la resolución que concede o deniega un recurso de apelación no reviste la naturaleza jurídica que permita atacarlo por la vía disciplinaria que se ha intentado, reservada sólo para los casos de sentencias definitivas o interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación ello, aun cuando en el fallo definitivo se contengan razonamientos al respecto.

5° Que, sin perjuicio que lo anterior bastaría para desechar el recurso, en lo que a su primer capítulo se refiere, cabe dejar sentado que tratándose en la especie de un procedimiento abreviado, el otorgamiento de los beneficios alternativos de cumplimiento de pena -por mandato del artículo 413 letra

e) del Código Procesal Penal- forma parte de la sentencia definitiva y por ende es susceptible del recurso de apelación, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 414 del Código Procesal Penal.

6° Que los restantes capítulos que fundan las faltas o abusos graves denunciados en autos -reconocimiento y calificación de modificatorias y quantum de la sanción, para efectos del otorgamiento de la remisión condicional de la pena- en definitiva inciden en la aplicación de la pena impuesta al sentenciado y conciernen a un problema de interpretación, propio de la labor de los jueces del fondo.

7° Que finalmente, en concepto de estos sentenciadores la pena impuesta -aun con la concurrencia de las modificatorias invocadas, se encuentra comprendida entre los márgenes que la ley permite en términos que tampoco resulta ser efectiva la falta o abuso denunciada a ese respecto.

8° Que, de todo lo anterior resulta que los magistrados recurridos -al dictar la sentencia de que se trata- no han incurrido en falta o abuso grave susceptible de ser enmendado por esta vía, lo que conduce al rechazo del recurso en examen.

Y visto además lo dispuesto en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales y auto acordado que rige la materia, SE RECHAZA el recurso de queja deducido a fojas 113, en representación de Jorge Lavandero Illanes.

Se previene que el Ministro señor Rodríguez Espoz concurre a desestimar el recurso de queja deducido por la defensa del imputado Lavandero Illanes, teniendo únicamente presente que no ha mediado de parte de los recurridos falta o abuso susceptible de remediarse por esta vía disciplinaria, de acuerdo con lo prescrito por el inciso segundo del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Para ello tuvo presente:

1°) Que la indemnización enterada por este convicto a favor de los ofendidos, en los términos que describe el basamento 8° de la sentencia de primera instancia, reproducida por el fallo impugnado y el contrato suscrito para que una profesional psicóloga se haga cargo del tratamiento profesional de las víctimas, tendiente a paliar las secuelas producidas por los ilícitos, configuran verdaderamente la minorante de haber "procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas

consecuencias” consagrada en el artículo 11, N° 7°, del Código Penal, en las dos variantes que contempla.

2°) Que desde luego es menester tener en cuenta que se trata de un resarcimiento sustitutivo, a título de compensación, porque, dada su naturaleza de delitos contra la integridad sexual, no permite una reparación efectiva y directa y se trata de un monto prudencial aceptado por los querellantes.

Por lo demás el hechor revela su voluntad de disminuir los daños que por el carácter de los ilícitos se pudiesen seguir produciendo, más allá de su perpetración.

3°) Que, sin embargo, el precepto no pide que efectivamente se haya logrado la reparación o contener los efectos perniciosos del mal, pues tan solo requiere que el agente haya “procurado con celo” alguna de estas cosas y si bien ello supone una actitud subjetiva, no alcanza a erigir una posición moral de arrepentimiento o dolor, ni tampoco de inmediatez.

Lo que en realidad se precisa es que la conducta sea ejecutada voluntariamente por el sujeto, en otras palabras significa que habiendo podido abstenerse de realizarla, se haya decidido libremente por ella. Incluso las motivaciones resultan irrelevantes: da lo mismo que actúe por un impulso de auténtico arrepentimiento o tan solo para procurarse el beneficio de una sanción más benévola. Tampoco reviste importancia el momento en que despliegue la actividad, siempre que sea oportuna para el logro de la finalidad perseguida.

4°) Que la conducta del autor sólo debe ser celosa, o sea, tiene que importar un esfuerzo personal considerable, encaminado a la obtención de los objetivos determinados por la disposición en análisis; y si tal actitud existe, no interesa que la reparación sea incompleta o que las ulteriores per-

niciosas consecuencias no consigan impedirse en todo o en parte, ya que la ley no reclama resultados exitosos, sino que se contenta con la exteriorización real de un propósito serio.

Y todo ello a juicio del previniente concurre en plenitud en la especie, por lo que debió acogerse esta mitigante.

5°) Que, no obstante lo anterior y como ya se expresó, la situación no puede remediarse por esta vía disciplinaria, exclusivamente en vista de la facultad privativa de los sentenciadores del grado en orden a rebajar o no la pena base asignada por el inciso segundo del artículo 366 bis del Código Penal, cuando, como en el presente caso, concurren dos atenuantes de responsabilidad criminal a favor de Lavandero, las de su irreprochable conducta pretérita y la referida de la reparación celosa del mal causado, con arreglo a la potestad que les confiere el artículo 68, inciso tercero, del ordenamiento punitivo y entonces se obtiene el mismo castigo regulado por los recurridos.

Para los efectos a que haya lugar transcribase la presente sentencia al Honorable Senado de la República, al Tribunal Constitucional y al Tribunal Electoral

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción del Ministro Sr. Alberto Chaigneau del Campo y la prevención de su autor.

Rol N° 3478-05.

Proveído por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Jorge Medina C., Nivaldo Segura P. y Jaime Rodríguez E.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Marcela Paz Urrutia Cornejo.

- Señala que corresponde a los jueces apreciar la calificación de una figura de microtráfico a la luz de todos los antecedentes de la causa.

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal condenó al imputado como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra del fallo condenatorio esgrimiendo la causal del artículo 373 letra a), y en subsidio las del artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) y 373 letra b), todos del Código Procesal Penal. Respecto de la causal principal, argumentó que los jueces alteraron el peso de la prueba al exigir de la prueba de la Defensa que ésta fuera capaz de desvirtuar la acusación fiscal. Respecto de la segunda causal, sostuvo que el fallo adoleció de la fundamentación requerida por ley, por cuanto no se hizo cargo de todos sus argumentos y se fundamentó en aseveraciones falsas. Finalmente, en cuanto a la tercera, afirmó que los hechos habían sido calificados como delito de tráfico, siendo que éstos se encuadraban en la figura del microtráfico. La Corte rechazó el recurso en todas sus causales, señalando que de la lectura del fallo se pudo apreciar que los jueces fundamentaron su decisión luego de ponderar libremente toda la prueba presentada por los litigantes y de señalar que la prueba presentada por la Defensa no logró desvirtuar las evidencias que pesaban sobre su representado, detallando pormenorizadamente sus razonamientos. Finalmente, respecto de la supuesta aplicación errónea del derecho, la Corte recuerda que el artículo 4 de la ley 20.000 no define lo que debe ser entendido por pequeñas cantidades de droga, estableciendo que será el juez quien determine de acuerdo a todas las circunstancias de los hechos si éstos se encuadran dentro de la figura de tráfico o microtráfico de sustancias prohibidas.

Texto completo:

Santiago, nueve de agosto del dos mil cinco.

VISTOS:

En esta causa del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción, Rol Único 0400332419-8, Rol Interno del Tribunal 58-2005, por delito de tráfico ilícito de estupefacientes, seguida en contra del imputado Ricardo Hipócrates Sáez Escobar, por sentencia de fecha diecisiete de mayo del dos mil cinco, se impuso a éste la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, a la accesoría de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autor de delito de tráfico ilícito de estupefacientes, cometido el 11 de septiembre del 2004, en la comuna de Chiguayante, condenándolo-

sele además al pago de una multa ascendente a 40 Unidades Tributarias mensuales, sin otorgársele ninguno de los beneficios de la Ley 18.216, por no cumplir con los requisitos para ello, decretándose el comiso de tres bolsas de nylon, donde se contenía el clorhidrato de cocaína.

El fallo fue acordado por mayoría con el voto en contra del Juez Rafael Corvalán Pazols, quien estuvo por absolver al acusado.

En contra de esta sentencia, los abogados defensores Jaime Pacheco Quezada y Federico Espinosa Muñoz, en representación del acusado Ricardo Hipócrates Sáez Escobar, interpusieron recurso de nulidad invocando para ello la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, y en subsidio la causal contemplada en el artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letra c) ambos del mencionado cuerpo de leyes, y en subsidio de las causales anteriores la nulidad de acuerdo con el artículo 378 y 385 del Código Procesal Penal, por haberse incurrido en la causal prevista en el art. 373

letra b) del Código de Procedimiento Penal, al no calificar el delito, como de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga, contemplado y sancionado en el artículo 4º de la Ley 20.000.

Habiéndose concedido el recurso y estimación admisible por esta Corte Suprema, se dispuso su inclusión en la tabla para el día veinte de julio próximo pasado.

La vista de la causa se inició con la recepción de la prueba, comenzando con la pista 1094-058-05-0-50511 correspondiendo a la declaración de Ricardo Sáez, desde el minuto 10.00 hasta el minuto 29 aproximadamente, continuando con los alegatos de la Defensa Fiscal y de Ministerio Público, disponiéndose por el Presidente la lectura del recurso para el doce de agosto en curso, según el acta que se agregó a fojas 105.

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el recurso se funda en los motivos de nulidad contemplados en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, en subsidio en la causal contemplada en el artículo 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c) ambos del Código Procesal Penal, y por último en subsidio de las causales anteriores de nulidad, en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por no haberse calificado los hechos como el delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga, sancionado en el artículo 4º de la Ley 20.000, condenando al imputado a una pena superior a la que en Derecho le correspondía.

SEGUNDO: Que desarrollando el recurso, se expresa que los sentenciadores infringieron la presunción de inocencia, que se encuentra consagrada en los tratados internacionales ratificados por nuestro país, en especial en el artículo 8º N° 2 de la convención americana sobre Derechos Humanos denominada "Pacto de San José de Costa Rica y en el artículo 14 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en orden a que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

TERCERO: Que ahondando en el tema el recurrente expresa que se alteró la carga de la prueba, ya que en el presente caso al no existir un grado de evidencia requerida, la consecuencia necesaria del incumplimiento de esa carga que obligaba

al órgano persecutor penal, habría sido la absolución del imputado.

Se agrega que esta infracción habría quedado demostrada en la redacción del considerando décimo cuarto, al expresarse "Que, del análisis de la prueba de la defensa, estos jueces de mayoría no pueden compartir su teoría del caso, por estimar que aquella no cumple con el estándar suficiente para desvirtuar la acusación fiscal, toda vez que ha quedado en evidencia que dicha prueba resultó ser vaga, imprecisa, inconsistente y contradictoria y por lo mismo poco creíble e incluso inverosímil".

CUARTO: Que reiterando el anterior fundamento, el recurrente expresa que toda condena debe ser precedida siempre de una actividad probatoria, impidiendo aplicar una condena sin prueba, que es lo que habría ocurrido en el caso sub-lite, agregando que el tribunal no cumplió con la obligación de hacerse cargo en sus razonamientos de toda la prueba rendida, esto es que la sentencia carece de fundamentación, para lo cual se basó en que la fundamentación del fallo es falsa, ya que el imputado no reconoció que hubiera andado portando droga, careciendo además el fallo de sustento respecto del origen de la droga.

QUINTO: Que finalmente se sostiene en el recurso que existió una errada calificación jurídica, ya que los hechos descritos en el considerando 8º de la sentencia son constitutivos de "microtráfico" descrito y sancionado en el artículo 4º de la actual Ley de Drogas N° 20.000, que contiene una pena menor a la impuesta.

SEXTO: Que, en síntesis el recurso de la Defensoría Penal, estima que el Ministerio Público no logró demostrar la existencia del hecho punible y la culpabilidad del imputado, y que de estimarse que la recolección de evidencias probatorias lograron acreditar el hecho punible y la autoría del acusado, existiría de todos modos una errada calificación jurídica, ya que en la especie se trataría de la figura penal considerada como microtráfico, que contempla y sanciona el artículo 4º de la Ley 20.000, y que de no haberse incurrido en tal error, le habría correspondido al imputado una pena inferior a la que se le impuso.

SÉPTIMO: Que entrando al análisis pormenorizado de cada una de las causales del recurso, cabe concluir que no se ha incurrido en el motivo de nulidad previsto en el artículo 373 letra a) del Cód-

go Procesal Penal, ya que no se ha alterado el peso de la prueba, como lo pretende el recurrente. En efecto los sentenciadores en su considerando octavo, expresan que “ponderando con libertad los elementos producidos por los intervinientes en el juicio oral, han adquirido la convicción más allá de toda duda razonable que se encuentran acreditados los siguientes hechos: que alrededor de las 14,05 horas del día 11 de septiembre del 2004, y corroborando un llamado de denuncia de Carabineros de Chile pertenecientes a la sección del O.S.7, sorprendieron en las inmediaciones de calle Los Radales con los Aromos un sujeto que reunía las características que aquel llamado anónimo les había entregado, tanto físicas como de vestimentas, de hora y lugar donde dicho individuo se encontraría, resultando ser esta persona Ricardo Hipócrates Sáez Escobar quien portaba en la parte superior del bolsillo interior de su casaca, una bolsa con tres bolsitas contenedoras de clorhidrato de cocaína, sustancia que arrojó un peso de 21,1 gramos, las cuales estaban destinadas a la venta” a continuación en el considerando Décimo, los Jueces recurridos señalan los fundamentos que tuvieron para dar valor de convicción a las pruebas mencionando entre ellas, las declaraciones de los funcionarios que intervinieron en el procedimiento, que el propio imputado reconoció portar la droga, sin perjuicio de dar explicaciones a este hecho; las que se consideran inverosímiles, inconsistentes y contradictorias en el fundamento Décimo Cuarto; lo expuesto por la perito química farmacéutica Rosa Vásquez Moya en cuanto a la naturaleza de la droga incautada, que correspondía a clorhidrato de cocaína con una valorización de un 63%, identificándose además otras dos sustancias como la fidocaina y la fenacitina, la prueba documental incorporada por la fiscalía con el análisis de la droga y sus resultados.

OCTAVO: Que prosiguiendo con el análisis de esta causal se advierte del mérito de autos, que en la sentencia recurrida no se ha alterado el peso de la prueba ni contrariado la presunción de inocencia. Los falladores en el considerando undécimo y décimo cuarto se han limitado a señalar que la prueba rendida por la defensa es insuficiente para desvirtuar las evidencias en contra del imputado siendo particularmente esclarecedor lo que se afirma en el considerando Décimo Tercero en orden a “A que por otra parte es necesario recordar que el operativo de la policía se inició a través de un lla-

mado anónimo en el cual no tan sólo se indicaban características físicas de un sujeto determinado, sino además la vestimenta que llevaba ese día y la ubicación y la hora en que se encontraría en dicha arteria, circunstancias que fueron corroboradas por los aprehensores”, agregándose que “tampoco es creíble la explicación que da el acusado respecto de este punto cuando dice que supone que pudieron ser los sujetos con los que se encontró en la micro que lo llevaba a Chiguayante, y ello porque, según el mismo Sáez afirmó que no habían hablado y además porque estas personas se bajaron antes, por lo mismo no podían saber hacia dónde iba Sáez ni dónde se bajaría, ni tampoco se explica cómo ellos podrían haber sabido que portaba la droga”. De esta forma los sentenciadores descartan la suposición del encartado acerca del origen del llamado que recibió la Policía. De todo lo dicho surge la conclusión que el fallo recurrido no ha incurrido en la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

NOVENO: Que prosiguiendo el análisis del recurso en cuanto a la causal de la letra c) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación al artículo 342 letra c) del cuerpo legal citado, esto es en cuanto a que el juicio y la sentencia serán siempre anulados cuando en el fallo se hubiere omitido algunos de los requisitos previstos en los arts. 342 letras c), d) o e) del mismo Código, y que el recurrente hace consistir en falta de fundamentación de la sentencia, tampoco cabe aceptar que se haya incurrido en tal vicio de nulidad, ya que el fallo establece los elementos producidos por los intervinientes en el juicio oral (considerando 8º) y a continuación analiza pormenorizadamente la forma en que apreció la prueba de conformidad a lo establecido en el art. 297 del Código Procesal Penal, examinando cada uno de estos elementos de convicción (considerando décimo), e incluso dando las razones por las cuales correspondía desestimar los argumentos y probanza de la defensa (considerandos undécimo, duodécimo y décimo tercero y décimo cuarto), por lo cual esta causal de nulidad habrá también de ser rechazada.

DÉCIMO: Que finalmente se esgrime como motivo de nulidad la causal contenida en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es “cuando en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del Derecho

que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. A este respecto se sostiene en el recurso que los hechos descritos en el considerando 8º, corresponden al delito de microtráfico tipificado y sancionado en el artículo 4º de la Ley 20.000, que de haber sido correctamente aplicado, habría tenido por consecuencia que al imputado se le aplicara una pena inferior a la que se le impuso.

A este respecto, cabe señalar que el recurso en este punto discurre sobre la circunstancia de estar debidamente acreditados los hechos consignados en el fallo, especialmente en su considerando 8º. Esta causal de nulidad también habrá de ser desestimada, ya que el mencionado artículo 4º de la Ley 20.000 no ha establecido qué debe entenderse por "pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes" justamente para someter dicha apreciación y calificación a criterio del Tribunal. Esto es la figura de microtráfico de estupefacientes no puede determinarse con tal o cual cantidad de droga, ya que corresponderá a los sentenciadores apreciar en cada caso la calificación a la luz de todos los antecedentes que se tuvieron a la vista en el juicio, por lo cual al hacer uso de la valorización de la prueba en este aspecto, no han podido los sentenciadores cometer el error de Derecho que se denuncia.

UNDÉCIMO: Que este tribunal ha tenido en consideración los términos contenidos en el voto de minoría del Juez Rafael Corvalán Pazols, pero no comparte los fundamentos que en él se dan, atendidos los razonamientos anteriormente expuestos.

DUODÉCIMO: Que este tribunal igualmente ha tomado en consideración la recepción de la prueba rendida en la vista de la causa y de la cual da cuenta el acta de la audiencia realizada el 20 de julio pasado, en que se escuchó parte de las declaraciones del imputado, en la forma solicitada por su abogada señora Pamela Pereira. Sobre este particular se estima que al escucharse esta parte del audio del juicio en que el imputado reconoce las circunstancias de su detención y porte de drogas, pertenecerle la casaca cortavientos en que la llevaba no se ha advertido que se hubiere incurrido en ninguna de las causales de nulidad que se denuncian en el recurso, a este respecto.

Por estas consideraciones y atendido lo dispuesto en los artículos 372, 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad interpuesto por los abogados Jaime Pacheco Quezada y Federico Espinoza Muñoz, en representación del imputado Ricardo Hipócrates Sáez Escobar, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, el diecisiete de mayo del dos mil cinco y que corre a fs. 1 de este cuaderno, la que por consiguiente no es nula.

Redacción del abogado integrante don José Fernández Richard.

Regístrese y devuélvase.

Rol Nº 2607-05.

PROVEÍDO POR LA SEGUNDA SALA INTEGRADA POR LOS MINISTROS SRES. ALBERTO CHAIGNEAU DEL C., ENRIQUE CURY U., NIBALDO SEGURA P., JAIME RODRÍGUEZ E. Y EL ABOGADO INTEGRANTE SR. JOSÉ FERNÁNDEZ R.

- **Declara que la garantía del debido proceso alcanza también al Ministerio Público, por lo que resulta legítimo que éste alegue la vulneración de dicha garantía frente a la exclusión de parte de su prueba durante el juicio oral.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

Contra la sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, el Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad por la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal. Adujo, para ello, que su derecho al debido proceso había sido vulnerado al ser excluida una de sus pruebas durante el desarrollo del juicio oral. La Corte, en voto dividido, acogió el recurso. Al efecto señaló que la garantía del debido proceso implica el respeto a la legalidad de los actos del procedimiento, principio consustancial del Estado de Derecho que rige no sólo para el imputado, sino para todos los intervinientes del proceso penal. En cuanto a la exclusión de la prueba misma, recordó que la oportunidad procesal para determinar tanto la admisibilidad como la legalidad de las probanzas aportadas por los intervinientes está expresamente señalada en el artículo 276 del Código del ramo, siendo ésta la audiencia de preparación del juicio oral, bajo la competencia única del Juez de Garantía.

Los votos de minoría señalaron, por una parte, que la garantía del debido proceso sólo ampara al imputado, y, por otra, que la gravedad de la falta cometida por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no cumplió con el requisito de haber sido una contravención substancial de los derechos y garantías asegurados por la Constitución que resultara salvable sólo por medio de la declaración de nulidad.

Texto completo:

Santiago, catorce de septiembre de dos mil cinco.

VISTOS:

En estos antecedentes rol único 0500061615-1 e interno del tribunal 22-2005, se registra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica el once de julio de dos mil cinco, que impuso al enjuiciado Rigoberto Antonio Villablanca Ibáñez la pena de cuatrocientos días de presidio menor en su grado mínimo y accesoria de suspensión para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena y a pagar una multa a beneficio fiscal de cinco Unidades Tributarias Mensuales, como autor del delito de hurto simple, perpetrado en la comuna de Pucón el doce de febrero de dos mil cinco, en perjuicio de don Samuel Fernando Mardones Herrera, sin concedérsele beneficio alguno de la Ley N° 18.216, reconociéndosele como abono el tiempo que ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad en esta causa, desde

el doce de febrero de 2005, según consta del punto sexto del auto de apertura respectivo, y eximiéndosele del pago de las costas.

En contra del referido dictamen Francisco Ljubetic Romero, abogado, fiscal adjunto del Ministerio Público, formalizó recurso de nulidad sustentado para ello en las causales de las letras a) y b) del artículo 373, en conexión con el artículo 395, ambos del Código Procesal Penal.

Este tribunal, estimando admisible el recurso, dispuso pasar los autos al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como se desprende de fojas 41 de estos antecedentes.

La audiencia pública se verificó el veinticinco de agosto último, con la concurrencia y alegatos del abogado Pablo Campos Muñoz, en representación del Ministerio Público, por el recurso, y la abogada Pamela Pereira Fernández, por la Defensoría Penal Pública, y luego de la vista del recurso se citó para la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que obra a fojas 50.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la primera causal de nulidad invocada descansa en la contravención substancial de derechos o garantía asegurados por la Constitución, consagrada en la letra a) del artículo 373 del Código procedimental penal, que advierte el recurrente en la tramitación del litigio, con lo cual se ha conculcado el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, de la Carta Fundamental, en cuanto ordena que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso legalmente tramitado, correspondiéndole al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La aludida violación la hace consistir el compareciente en que el Tribunal del Juicio Oral de Villarrica desconoció dicha garantía, así como los artículos 277, letra e), 296, 328 y 333 del Código adjetivo penal, cuando en el desarrollo de la audiencia del juicio oral, durante la fase de producción de la prueba los sentenciadores, acogiendo el incidente promovido por la defensa, resolvió no permitir la incorporación de una probanza documental incluida en el respectivo auto de apertura del juicio oral.

Refiere que el instrumento en cuestión consiste en la copia autorizada del expediente N° 4.358, rol del Juzgado de Letras de Pucón, sobre medida de protección, el cual formaba parte de los antecedentes de la indagación y que fue aparejado al auto de apertura del juicio oral por dictamen de la Corte de Apelaciones de Temuco, de siete de junio del presente año, teniéndose por incluidos tales documentos por el Tribunal del Juicio Oral de Villarrica, mediante resolución de dieciséis de junio del año en curso. Explica que con su exclusión se ha violentado su facultad de rendir y aportar todos y cada uno de los medios de prueba incluidos en la resolución de apertura, conforme a su particular y exclusiva estrategia acusatoria.

Por otra parte, también reprocha alterada la ritualidad del procedimiento, por cuanto había precluido cualquier posibilidad de eliminar alguna prueba ya aceptada en el auto de apertura del juicio oral.

Finalmente, sostiene que tal impedimento afecta en forma substancial el derecho de equivalencia de armas de las partes y del debido proceso, por lo que insta a que se invalide el juicio oral y la sentencia dictada, ordenando la realización de un

nuevo juicio ante un tribunal no inhabilitado que corresponda.

SEGUNDO: Que, asimismo, en forma subsidiaria aduce el motivo de la letra b) del artículo 373 del ordenamiento procesal penal, esto es, cuando se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, que se hace consistir en el quebrantamiento de los artículos 432, 440, N° 1°, y 446, N° 3°, del Código Penal.

Indica que la sentencia impugnada hace una equivocada interpretación del vocablo “escalamiento”, lo que derivó en una calificación jurídica de hurto simple que no se condice con el mérito de los hechos que fueron comprobados, de los cuales aparece patente que el agente ingresó al inmueble habitado por una ventana, que no es la vía habitual que los moradores usan para acceder al mismo, por lo que son constitutivos de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado. Como corolario del referido yerro, los sentenciadores han regulado una sanción menor a la que se hubiera hecho acreedor el convicto de haberse aplicado correctamente las disposiciones referidas, toda vez que el delito descrito en el artículo 440, N° 1°, del Código punitivo tiene asignado un castigo de presidio mayor en su grado mínimo.

TERCERO: Que, como cuestión previa y reiterando lo asentado por esta Corte en diversas oportunidades, el Ministerio Público está perfectamente legitimado por la ley para invocar la garantía del debido proceso en su favor.

Así se ha dicho: “Que si bien es cierto que el derecho a un debido proceso nace y evoluciona con el objeto de proteger al perseguido frente al poder de persecución punitiva del Estado, es preciso distinguir entre la garantía referente a las características del proceso de persecución y, por otra parte, la garantía al respeto de dicho proceso, que se refiere a la legalidad de los actos del procedimiento. Distinción que aparece claramente en la norma constitucional mencionada, que consagra como deber del legislador establecer las garantías de un procedimiento racional y justo, y declara que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”.

Y que “La legalidad de los actos del procedimiento es un principio consustancial al Estado de

Derecho que rige no sólo aquello que pueda afectar particularmente al imputado, sino a cualquiera que intervenga en dicho procedimiento, pues es una condición general de legitimidad de la actuación de cualquier órgano del Estado y, por cierto, también de los que intervienen en el proceso punitivo”.

Por último, se añade que: “Una interpretación teleológica del principio consagrado en nuestra Carta Fundamental en estudio, permite concluir que si bien la legalidad es una exigencia que se interpone como una barrera a la pretensión punitiva del Estado, ocurre que al asumir éste la condición de una parte litigante privada de prerrogativas y sometida a las reglas del juicio y al dictamen de los jueces, tal como el propio acusado, necesariamente ha de reconocérsele como contrapartida institucional el derecho a que le sean respetadas las posibilidades de actuación que dichas reglas le reconocen y a que, en caso de transgresión substancial de las mismas, pueda hacer uso de los mecanismos correctivos que el mismo sistema establece”.

CUARTO: Que en lo que atañe al primer capítulo de invalidación, atinente a la eliminación de prueba documental de cargo por parte del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, desde luego es necesario recordar que con arreglo al nuevo ordenamiento adjetivo penal, la oportunidad procesal idónea para pronunciarse acerca de la admisibilidad y legalidad de las probanzas aportadas por los intervinientes está nítidamente señalada en la ley: la audiencia de preparación del juicio oral; y el único tribunal competente para emitir un pronunciamiento de esa clase es el juez de garantía, tal como surge de relieve inequívocamente del tenor y de la ubicación sistemática del artículo 276 del estatuto del ramo.

Una vez aceptada una determinada prueba por parte del juez de garantía, el tribunal del juicio oral no podrá declarar la improcedencia de ella, pues carece de facultades legales para hacerlo, tanto en lo que concierne al ámbito probatorio como a las restantes cuestiones que en el mismo se comprenden; lo cual no es óbice para que los juzgadores puedan no considerarla idónea para lograr su convicción.

QUINTO: Que, si bien es cierto el artículo 334 de la ley procesal penal da pie para sustentar la tesis que el tribunal del juicio oral está autorizado para excluir prueba ilícita, no lo es menos que ello

sólo puede ocurrir en situaciones excepcionales, a saber, la prueba no solicitada oportunamente y que se rinda conforme al artículo 336, declaraciones anteriores que se utilizarán para ayuda memoria, de acuerdo al artículo 332, o que puedan incorporarse mediante su lectura con arreglo al artículo 331, o bien situaciones de ilicitud manifiesta; hipótesis que no concurren en la especie.

SEXTO: Que al actuar del modo denunciado, el Tribunal colegiado prescindió de la igualdad de partes, impidiendo hacer uso a una de ellas de un medio de prueba legalmente introducido en el juicio oral.

SÉPTIMO: Que constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Magna en el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, le confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. En torno a los aspectos que abarca el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en aceptar que a lo menos lo constituyen el derecho de ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de los intervinientes y de recurrir contra toda sentencia que estime agravante a sus derechos. De esta manera, el derecho de probar los aspectos de hecho de las cuestiones en discusión es consustancial a la racionalidad y justicia de todo procedimiento y, por consiguiente, nadie puede arbitraria o ilegalmente privar a uno de los litigantes de la facultad de presentar y obtener la posibilidad de demostrar sus pretensiones. En el proceso penal resulta evidente el derecho a la prueba que le asiste a toda parte en esa controversia, a menos que se declare su imper tinencia por causa legal, pero respecto de determinadas probanzas solicitadas expresamente. El Código Procesal Penal considera en los artículos 295 y 296, el principio que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser acreditados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley y admite que la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia se rinda durante la audiencia del juicio oral.

Lo anterior se corrobora por la normativa de nuestra recopilación procesal penal para las pruebas que pueden rendirse en el juicio oral. En efecto,

el artículo 277 prescribe que al juez de garantía le compete dictar el auto de apertura del juicio oral que, entre otras indicaciones debe consignar la de las pruebas a rendirse en él, por lo que el momento en que procede ofrecer tales pruebas o alegar las nulidades producto de irregularidades es ante el juez de garantía y precedentemente a que dicte el auto de apertura del juicio oral. Toda petición en contrario resulta extemporánea.

OCTAVO: Que el respeto a los derechos fundamentales y a la legitimidad del procedimiento vertebró el proceso entero, tal como lo pone de manifiesto la propia existencia del recurso de nulidad y la extensión de sus causales. El cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos fundamentales no forman parte de aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran condiciones de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración.

NOVENO: Que al acusador no se le permitió rendir prueba ofrecida legal y oportunamente en la etapa de preparación del juicio oral, con vulneración substancial de un derecho garantizado por la Constitución Política y, en consecuencia, la sentencia que se objeta queda desprovista de la racionalidad y justicia que la legitime.

DÉCIMO: Que de todo lo dicho se desprende que la sentencia cuestionada ha incurrido en la causal de nulidad que la parte acusadora ha fundado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, de suerte que resulta suficiente su acogimiento y excusa no emitir pronunciamiento, sobre el restante motivo de invalidación planteado, como lo consiente expresamente el artículo 384 del mismo cuerpo legal.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 19, N° 3°, inciso quinto, de la Constitución Política de la República y 276, 295, 296, 373, letra a), 377, 384, 385 y 386 del Código Procesal Penal, **SE ACOGE** el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en lo principal de su presentación de fojas 22 a 34, en contra de la sentencia de once de julio de dos mil cinco, escrita de fojas 13 a 21 de este cuaderno, dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica y se declara que se invalida dicha resolución y además se anula el juicio oral, debiendo retrotraerse el estado del plei-

to a la etapa de su inicio en la forma que prevé el artículo 281 del Código Procesal Penal, debiendo fijarse nueva fecha para la audiencia respectiva, disponiéndose la citación judicial de los testigos y peritos presentados por las partes y que se indican en el auto de apertura respectivo, a fin que dicho juicio se desarrolle ante el tribunal no inhabilitado que corresponda.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Cury y Rodríguez Espoz, quienes estuvieron por rechazar el motivo de nulidad de que se trata y entrar al análisis correspondiente de la causal de invalidación esgrimida subsidiariamente.

El primero de los disidentes lo hace en atención a que, en su opinión, las infracciones al debido proceso como causales de nulidad se encuentran establecidas sólo en beneficio del encausado, a fin de protegerlo de posibles abusos por parte del poder punitivo estatal, motivo por el cual no puede ser alegada por el Ministerio Público.

Mientras que para el segundo, los hechos descritos no alcanzan una magnitud suficiente para constituir la causal en examen.

Para ello tuvo presente:

1°).- Que el artículo 373, letra a), de la recopilación procesal penal, exige una contravención substancial de los derechos y garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, requisito que es propio de toda nulidad, en aras del principio de trascendencia que exige un perjuicio sólo reparable con la invalidación del acto.

2°).- Que la ley establece la exigencia que la vulneración reclamada sea substancial, es decir, que sea trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal forma que el defecto resulte, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente, en este caso, al derecho constitucional del debido proceso.

3°).- Que dicha substancialidad en el presente caso no se observa, si se advierte que la menor Carol Stefan Castillo Trecaño, cuyos testimonios contenía la prueba excluida, depone latamente durante la audiencia del juicio oral, imponiéndose directamente el Tribunal Oral de sus dichos, haciéndose cargo de ellos en los razonamientos undécimo y duodécimo de la sentencia reclamada.

4°).- Que, en estas circunstancias, la falta atribuida a los sentenciadores no reviste la gravedad suficiente para configurar el motivo de invalidación ni la procedencia de la sanción procesal requerida.

Regístrese y devuélvase, conjuntamente con el respectivo registro de audio.

Redactó el Ministro Sr. Rodríguez Espoz.
ROL N° 3666-05

PRONUNCIADO POR LA SEGUNDA SALA INTEGRADA POR LOS MINISTROS SRES. ENRIQUE CURY U., NIBALDO SEGURA P., JAIME RODRÍGUEZ E. Y LOS ABOGADOS INTEGRANTES SRES. MANUEL DANIEL A. Y FERNANDO CASTRO A.

- **Declara que las “circunstancias relevantes” del artículo 391 del Código Procesal Penal no incluyen los “antecedentes calificados” del inciso 2º del artículo 395, por cuanto los segundos nacen de una atribución exclusiva del Juez.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

El Juez de Garantía condenó al acusado, en aplicación del artículo 395 inciso 2º del Código Procesal Penal, a la pena de prisión por el delito de manejo en estado de ebriedad. La Defensa interpuso en contra del fallo un recurso de nulidad por las causales del artículo 373 letras a) y b) del Código Procesal Penal. Respecto de la primera causal argumentó que se había violado la igualdad ante la ley al considerar la calidad de funcionario público como antecedente para decretar la pena de prisión. Respecto de la segunda causal, por considerar una condena anterior, violando los artículos 1 y 6 del DL 409 de Justicia de 1932, y por haber valorado el hecho de haber conducido con licencia de conducir vencida, transgrediendo así también los artículos 93 y 391 del Código Procesal Penal. La Corte rechazó el recurso. La causal del artículo 373 letra a), porque la igualdad ante la ley supone tratar igual en la igualdad y desigual en la desigualdad, de ahí que su situación sólo se pudiera comparar con otros funcionarios públicos. Además, porque dicha consideración debió ser sustancial, lo que no ocurrió en la especie al haberse considerado, también, otras circunstancias para decretar la prisión. En cuanto a las infracciones de ley denunciadas, la Corte señaló que los beneficios del D.L. 409 no pueden afectar la facultad del Juez para deducir del mérito del proceso lo que él considere como antecedente calificado. Finalmente, respecto del hecho de haberse hecho mención sólo después del reconocimiento efectuado por el acusado del hecho de haber estado conduciendo con una licencia de conducir vencida, la Corte aclaró que las “demás circunstancias relevantes” relacionadas con el ilícito del artículo 391 del Código Procesal Penal no comprenden a los “antecedentes calificados” del artículo 395 del mismo código, porque las primeras no nacen por su inclusión en el requerimiento, sino por la facultad privativa del juez de apreciar los antecedentes reunidos en la causa. Además, porque el Ministerio Público no puede anticiparse a alegarlos, pudiendo hacerlo sólo una vez que el imputado admite su responsabilidad y se sigue el procedimiento simplificado, lo que no implicó dejar indefenso al imputado, por cuanto el hecho constaba en la carpeta investigativa.

Texto completo:

Santiago, veintitrés de septiembre de dos mil cinco.

VISTOS

En los autos rol único 0400296865-2 interno del tribunal 3309-2005 se registra la sentencia dictada en juicio simplificado por la Juez de Garantía de Concepción el 11 de julio del año en curso, que condena a Sergio Edgardo Vera Castro, casado, empleado de DIDECO de la I. Municipalidad de Concepción, domiciliado en Avenida La Vega N° 316, población Santa Leonor, Talcahuano, a la pena de diez días de prisión en su grado mínimo y suspen-

sión de la licencia de conducir por el término de seis meses, por su participación como autor del delito previsto y sancionado en el artículo 115 letra A en relación con el artículo 196 letra E de la Ley 18.290, esto es conducir vehículo motorizado en estado de ebriedad, cometido en Concepción el 14 de agosto de 2004. Se le concede el beneficio de la reclusión nocturna computándose una noche por cada día de privación de libertad y se le exime del pago de las costas, ya que al haber admitido responsabilidad éstas no se causaron.

En contra del fallo don Federico Espinosa Muñoz, abogado, defensor penal público y en representación del condenado, interpuso recurso de nulidad invocando, conjuntamente, las causales de

las letras a y b del artículo 373 del Código Procesal Penal y sostiene que se vulneró el principio de igualdad ante la ley, reconocido por la Constitución Política de la República y Tratados Internacionales tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, normas que se habrían infringido al exigir del imputado una conducta mucho más intachable por la naturaleza de las funciones que desarrolla; se sostiene, la violación de las normas de los artículos 1 y 6 del DL 409 de Justicia de 1932 por cuanto al acoger la agravante de reiteración por otro manejo en estado de ebriedad el que, de acuerdo a las normas citadas, debió considerarse como si nunca hubiere existido. También se da por infringida la segunda causal al haberse tenido como antecedente calificado para aplicar una pena privativa de libertad, el que el imputado manejaba con licencia para conducir vencida, materia que no formó parte del requerimiento, violándose las normas de los artículos 93 y 391 del Código Procesal Penal.

En definitiva solicita invalidar el juicio oral en procedimiento simplificado y la sentencia dictada en la misma audiencia por las razones que expone en el recurso y retrotraer la causa al estado de iniciar el procedimiento por el Ministerio Público ante el Juez de Garantía no inhabilitado que corresponda, todo ello con costas del recurso.

Este tribunal, estimando admisible el recurso, ordenó pasar los antecedentes al Señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad solicitada, según se lee a fojas 42.

La audiencia pública se verificó el día 8 del mes en curso con la concurrencia de la abogada Pamela Pereira Fernández por el imputado Sergio Edgardo Vera Castro y del abogado Hernán Ferrera Leiva por el Ministerio Público solicitando el rechazo del recurso, citándose a las partes para la lectura del fallo para el día 28 de septiembre en curso.

TENIENDO PRESENTE

PRIMERO: Que el primer motivo de nulidad se funda en la infracción de garantía constitucional de la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política del República según la cual “La Constitución asegura a todas las personas: 2° La igualdad ante la ley” agregando en su inciso segundo: “Ni la ley ni autoridad alguna

podrán establecer diferencias arbitrarias”, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone que: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia” y artículo 24 del Pacto de San José de Costa Rica según el cual: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección de la Ley”.

Se sostiene en el recurso que la infracción se produce en el pronunciamiento mismo de la sentencia ya que en ella se considera la calidad de funcionario de la Ilustre Municipalidad de Concepción al imputado y por dicha calidad “se le exige una conducta más intachable por la naturaleza de las funciones que desarrolla, aserto que no encuentra fundamento alguno en la ley, y por el contrario, es de rechamente inconstitucional. No existe ninguna norma legal ni moral que establezca y obligue a un funcionario municipal o a cualquier otro funcionario a un estándar de conducta más intachable que al resto de las personas, habida consideración, además, de que en este caso particular no se trata de un delito o conducta desplegada por el imputado en el ejercicio de sus funciones.”

Sostiene el recurrente que: “siendo tan clara la norma del artículo 395 para señalar que “a menos que ocurran antecedentes calificados” para imponer la pena de prisión y no la de multa, sorprende que se estime como tales la circunstancia de que una persona sea empleado municipal”.

SEGUNDO: Que el recurso se sustenta también en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal y en forma conjunta invoca dos motivos: a) el considerarse en la sentencia “como antecedente calificado para aplicar pena de prisión la condena aplicada al imputado el año 2000 en causa Rol 59651 del Primer Juzgado del Crimen de Concepción, por un delito de conducir vehículo motorizado en estado de ebriedad causando daños invocada por el Ministerio Público”. Toda vez que lo anterior transgrede las normas de los artículos 1° y 6° del Decreto Ley 409 de 1932 del Ministerio de Justicia al establecer la primera de ellas que: “Toda persona que haya sufrido cualquier clase de condena y reúna las condiciones que señala esta ley, tendrá derecho después de dos años de haber cumplido la pena, si es primera condena, y de cinco años, si ha sido condenado dos o más veces, a que por decreto supremo, de carácter confidencial, se le

considere como si nunca hubiere delinuido para todos los efectos legales y administrativos y se le indulten todas las penas accesorias a que estuviere condenado”. Que con fecha 9 de diciembre de 2004 emitido por el Secretario Regional Ministerial de Justicia se dictó el Decreto exento N° 817 el que establece que: “se debe considerar a don Sergio Edgardo Vera Castro, Run N° 7.901.421-4, como si nunca hubiere delinuido para todos los efectos legales y administrativos respecto de la causa rol N°59, 651-2000 del Primer Juzgado del Crimen de Concepción”, por lo que no ha podido el Juez de Garantía considerar la anotación prontuarial relativa a la causa seguida ante dicho Juzgado, incurriéndose, por tanto, en la infracción legal que fundamenta el recurso.

b) El segundo motivo de nulidad por errónea aplicación del derecho se hace consistir en la infracción de los artículos 93 y 391 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 395 inciso 2° del mismo cuerpo legal. En el fallo recurrido se considera, para aplicar la pena de prisión, unida a las dos anteriores, la circunstancia “que a la época de ocurrencia de estos hechos el imputado conducía un vehículo motorizado con licencia de conducir vencida” afirmación que no forma parte de los antecedentes del requerimiento presentado por el Ministerio Público, organismo que hizo mención primera de esa circunstancia sólo una vez que el imputado admitió responsabilidad en los hechos del requerimiento, conforme al artículo 395 inciso 1° del Código Procesal Penal. En virtud de esa admisión de responsabilidad por parte del imputado el Ministerio modificó su requerimiento de pena, y solicitó pena de prisión en virtud de ese antecedente, desconocido hasta entonces infringiendo de ese modo el artículo 93 del Código Procesal Penal, relativo a las garantías del imputado, en especial el derecho contenido en su letra a)...”que por lo anterior se infringe también el artículo 391 del citado cuerpo legal “referido al contenido del requerimiento, en cuanto manda en su letra b), que éste contenga una relación suscrita del hecho que se le atribuye al imputado, con indicación de tiempo y lugar de comisión y demás circunstancias relevantes, lo que dicho requerimiento no cumple en cuanto a este elemento introducido con posterioridad en el juicio, como hecho nuevo, que no aparece considerado en los antecedentes que lo fundan”. Afirmo el recurrente que “el concepto de “circunstancias relevantes” a que

alude el artículo 391 caben necesariamente todas aquellas circunstancias que han de ser consideradas para modificar la responsabilidad del imputado, pero también los antecedentes calificados a que alude el artículo 395 inciso 2° del Código Procesal Penal. Conforme a los cuales se puede eventualmente fundar una petición de pena de prisión...”.

TERCERO: Que de acuerdo con lo anterior, el recurso de nulidad interpuesto dice exclusivamente relación con la declaración del Juez de Garantía por la que dio establecida la existencia de “antecedentes calificados” y aplicar, al imputado, en razón de ellos, una pena de prisión.

CUARTO: Que en cuanto a la violación del principio de igualdad ante la ley al considerar como “antecedente calificado” la calidad de empleado municipal del imputado, cabe recordar lo que ha dicho esta Corte Suprema (Causa Rol 2758-03) que supone la premisa, de dar a cada cual lo que corresponde “lo igual para los iguales y lo desigual para los desiguales” principio que se habría infringido si ante iguales hechos se hubiere dado distinto trato a empleados municipales lo que no es el caso de autos.

Aún en el evento de haberse incurrido en la infracción de la garantía constitucional invocada, ella debe ser sustancial, tener influencia en lo decisivo del fallo, lo que no ocurre en el caso de autos ya que hay otras circunstancias estimadas como “antecedentes calificados” y que justificarían la decisión del Juez de Garantía.

QUINTO: Que en cuanto a que se habría cometido por el Juez de Garantía infracción de ley al aceptar como “antecedente calificado” la condena anterior del inculcado también por manejo en estado de ebriedad en circunstancias que por D.L. 409 de 1932 y Resolución Exenta N° 817 de 9 de Diciembre de 2004 emitida por el Secretario Regional de Justicia se debe considerar al imputado “como si nunca hubiere delinuido para todos los efectos legales y administrativos, respecto de la causa Rol N° 59.651-2000 del Primer Juzgado del Crimen de Concepción” se debe tener en consideración que el Juez de Garantía da por establecido este antecedente calificado con el Extracto de filiación y antecedentes del imputado, acompañado por el Ministerio Público en el requerimiento, y que el alcance de la resolución del Seremi Regional Ministerial de Justicia Región Bío Bío que reconoce que el imputado goza

de los beneficios del D.L. 409 de 1932 no puede afectar a la facultad del Juez para deducir del mérito del proceso la circunstancias que él califique “antecedentes calificados” según se dice a continuación.

SEXTO: Que el Juez de Garantía, dentro de sus facultades exclusivas, ha estimado que la anterior condena que afectó al imputado si bien no se puede tomar en cuenta para agravar su conducta “no es menos cierto que se trata de una conducta, la que se investigó por los hechos ocurridos el 14 de agosto de 2004, que revela una transgresión reiterada al ordenamiento jurídico por parte del imputado por delito de la misma especie que por su naturaleza pone en peligro la vida, integridad física y bienes de las personas...” (fundamentos noveno) lo que amerita la pena de prisión, que para este caso fija la ley.

SÉPTIMO: Que, por último, se recurre de nulidad en contra de la sentencia del Juez de Garantía por cuanto en ésta se considera como antecedente calificado la circunstancia de que a la época de ocurrencia de estos hechos el imputado conducía un vehículo motorizado con licencia de conducir vencida, conclusión que no forma parte del requerimiento presentado por el Ministerio Público, organismo que hizo mención primera de esa circunstancia sólo una vez que el imputado admitió responsabilidad en los hechos del requerimiento, conforme al artículo 385 inciso primero del Código Procesal Penal.

OCTAVO: Que la alegación del recurrente se basa en suponer una exigencia legal, cual es la de que los antecedentes calificados deben estar especificados en el requerimiento, lo que no es efectivo.

En efecto, los requisitos del requerimiento en el caso de seguirse el procedimiento simplificado están contenidos en el artículo 391 del Código Procesal Penal y que, en síntesis son: relación del ilícito que se denuncia, participación de la persona a quien se imputa el ilícito, y procedencia del procedimiento simplificado.

Estas exigencias son mínimas, tal vez por tratarse de faltas o delitos menores, a las exigidas en el artículo 259 del mismo cuerpo de leyes para la acusación en el juicio oral, la que debe contener entre otras exigencias “la relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aún subsidiariamente de la petición principal.

La exigencia de la letra b) del artículo 391 en cuanto se debe indicar “las demás circunstancias relevantes en relación con el hecho ilícito, no puede comprender a los “antecedentes calificados” del artículo 395 toda vez que ellos no nacen por la inclusión en el requerimiento, sino por la facultad privativa del juez de apreciar los antecedentes reunidos en la causa y, además, porque el Ministerio Público no puede anticiparse a alegarlos sino una vez que el imputado admite su responsabilidad y se sigue el procedimiento simplificado.

NOVENO: Que lo anterior no deja en la indefensión al imputado ya que, en el caso de autos, éste tuvo conocimiento de la carpeta con los antecedentes acompañados al requerimiento, entre los cuales se encontraban, entre otros, el Parte número 00686 de la Primera Comisaría de Carabineros; Extracto de filiación y antecedentes del imputado y la Hoja de Vida del Conductor del imputado, de los cuales el Juez de Garantía dedujo las circunstancias constitutivas de “antecedentes calificados” y fundándose en ellos aplicó la pena de prisión.

DÉCIMO: Que se ha agregado en esta Corte la Resolución Exenta N° 817 de fecha 9 de diciembre de 2004 del Secretario Regional Ministerial de Justicia Región Bío Bío por el cual se aplica al imputado los beneficios del Decreto Ley 409 de 1932 en orden a que debe considerarse a éste “como si nunca hubiese delinquirido para todos los efectos legales y administrativos, respecto de la causa Rol N° 59.651-2000, del Primer Juzgado del crimen de Concepción” por lo que si bien es cierto con la agregación del referido documento se acredita que el imputado goza del beneficio antes transcrito, ello no es obstáculo a que, para los efectos de aplicar el artículo 395 inciso segundo del Código Procesal Penal, el Juez de Garantía califique la conducta del imputado, según se dice en los fundamentos quinto y sexto de este fallo.

Por las razones expuestas, citas legales y lo dispuesto en el artículo 384 del Código Procesal Penal,

SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto a fs. 16 por Federico Espinosa Muñoz, abogado Defensor Penal Público, por Sergio Eduardo Vera Castro contra de la sentencia de la Juez de Garantía de Concepción de fecha once de julio del año en curso, escrita de fs. 8 a fs. 15, la que no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del abogado integrante don Fernando Castro Álamos.

Rol N° 3696-05.

PRONUNCIADO POR LA SEGUNDA SALA INTEGRADA POR LOS MINISTROS SRES. ALBERTO CHAIGNEAU DEL C., ENRIQUE CURY U., NIBALDO SEGURA P., JAIME RODRÍGUEZ E. Y EL ABOGADO INTEGRANTE SR. FERNANDO CASTRO A. NO FIRMA EL MINISTRO SR. CURY, NO OBSTANTE HABER ESTADO EN LA VISTA DE LA CAUSA Y ACUERDO DEL FALLO, POR ESTAR CON PERMISO.

- Señala que la falta de congruencia entra la acusación y la formalización de la investigación a que se refiere el inciso final del artículo 259 no produce la nulidad, porque este vicio da origen a la necesidad de subsanar la acusación de acuerdo al artículo 270, ambos del Código Procesal Penal.

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra del fallo condenatorio aduciendo las causales de la letra a) del artículo 373, en relación con los artículos 259, inciso final, y 332, y de la letra f) del artículo 374, en conexión con el mismo inciso final del artículo 259 y el artículo 341, todos del Código Procesal Penal. Argumentó, al efecto, que se infringió el principio de la congruencia al haberse modificado los hechos contenidos en la formalización al acusar, hechos, modificados, que sustentaron la condena emitida. La Corte rechazó el recurso. En primer lugar, porque la infracción denunciada por la Defensa no produce como efecto la nulidad, sino que debió ser corregida de acuerdo al artículo 270 del Código Procesal Penal. En seguida, aclaró que la infracción al principio de congruencia dice relación con hechos relevantes que determinen la existencia de un ilícito penal, así como la participación de los responsables. Las diferencias en hechos o circunstancias accidentales, como las presentadas entre los expuestos en la formalización y la acusación, no vulneran la garantía del imputado. En cuanto a la vulneración del artículo 332 del Código Procesal Penal por haberse permitido la lectura de la declaración de un tercero para ayudar en la memoria de un testigo, la Corte reconoció que se trató de una anomalía, pero ésta no revistió la característica de ser una transgresión sustancial de los derechos o garantías fundamentales reparable sólo por la vía de declarar la nulidad, porque hubo abundante prueba aparte que convenció al Tribunal de la efectividad del contenido de la acusación. Finalmente, respecto de la segunda causal esgrimida por la Defensa, la Corte recordó que la discrepancia en los hechos constituye causal absoluta de nulidad sólo cuando se produce entre la acusación y la sentencia, mas no cuando acontece entre la formalización de la investigación y la acusación.

Texto completo:

Santiago, veintitrés de septiembre de dos mil cinco.

VISTOS:

En estos antecedentes rol único 0400046209-3 e interno del tribunal 46-2005, se registra la sentencia pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco el diecisiete de junio del año en curso, que impuso al encausado Miguel Carlos Reyes Varas la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, a pagar una multa a beneficio fiscal de cuarenta Unidades Tributarias Mensuales, como igualmente

a satisfacer las costas del pleito, por su responsabilidad de autor del delito de tráfico de estupefacientes cometido en esa ciudad el seis de febrero de dos mil cuatro, no se le concedió ninguno de los beneficios alternativos contemplados en la Ley N° 18.216 y dispuso que la sanción corporal la purgará a continuación de aquella de cinco años y un día que sufrió en los autos N° 85.361-10, rol del Segundo Juzgado del Crimen de San Miguel, que cumple desde el primero de marzo de dos mil tres, como consta del punto octavo del auto de apertura del actual litigio.

En contra de este dictamen el señor José Ignacio Araneda Henríquez, en representación del sentenciado mencionado y en su calidad de abogado defensor penal privado, dedujo recurso de nulidad sustentado en la letra a) del artículo 373, en relación con los artículos 259, inciso final, y 332,

todos del Código Procesal Penal, por haberse desconocido el principio de congruencia que debe existir entre la formalización, la acusación y la sentencia; y por haberse permitido la lectura en la audiencia de las declaraciones del atestado de un tercero para refrescar la memoria de otro testigo del Ministerio Público, lo que sólo resulta procedente tratándose de los dichos propios. En subsidio, apoya este arbitrio en el motivo absoluto de nulidad consagrado en la letra f) del artículo 374, en conexión con el mismo inciso final del artículo 259 y el artículo 341 del citado ordenamiento adjetivo, en virtud de la incongruencia ya denunciada.

Pide, acogido cualquiera de los motivos de nulidad invocados, la anulación del juicio oral y su fallo consiguiente, determinando el estado en que quedará el procedimiento y ordenando la inmediata remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para la celebración de un nuevo pleito, con costas.

Concedido el expresado recurso, luego que la sala penal lo estimara admisible, decretó pasar los autos al señor presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad requerida, como se desprende de fojas 34 de estos antecedentes.

La audiencia pública se verificó el jueves ocho de los corrientes con la concurrencia y alegatos de los abogados señores Araneda Henríquez, en representación del convicto y Pablo Campos Muñoz, por el Ministerio Público y transcurrida la vista del recurso, se cita para la lectura del fallo para el día miércoles 28 de septiembre del año en curso, según aparece del acta que corre a fojas 38.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que como primera causal de impugnación asentada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, el recurrente reclama contravención sustancial a la garantía fundamental del debido proceso asegurada por el artículo 19, N° 3°, inciso 5°, de nuestra Carta Magna, al haberse violentado el principio de congruencia entre los hechos materia de la formalización y los de la acusación, que exige el inciso final del artículo 259 del estatuto procedimental.

Explica que al enjuiciado se le condenó por hechos comprendidos en la acusación, pero no comunicados en la audiencia de formalización de la

investigación, lo que altera sustancialmente el objeto de la prueba a rendir en la litis por el Ministerio Público porque en el primero de esos trámites no se dijo que al agente lo acompañaba alguien, ni que se desplazaba en un vehículo, sino que lo hacía en la calle con una mochila, ni se aludió a revisión del equipaje, sólo de la vestimenta, siendo el encartado el fiscalizado; mientras que en la acusación se señaló que lo acompañaba un tercero, circulaba en un carro patente GU 5048, se le inspeccionaron vestimentas y equipaje y se controló al móvil.

Es así como se quebrantó el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal que requiere que la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, puesto que esta actuación permitirá al imputado conocer cuáles son los hechos que se le reprochan y respecto de los cuales deberá defenderse en un eventual juicio oral, por lo que al no existir esa congruencia, se ha privado a su defendido del pleno ejercicio de la garantía esencial del debido proceso o a un juicio justo, dado que en el juicio oral los sentenciadores tuvieron por comprobados los hechos de la acusación, esto es, que el hechor transitaba en un vehículo acompañando a un tercero que guiaba el rodado y que aquél portaba la mochila dentro del coche, contrariando de este modo las máximas de la experiencia en cuanto al porte de droga, lo que provoca la absolución del acusado, decisión que no se adoptó pese al incidente de nulidad promovido al comienzo de la audiencia como fundamento de la defensa y violándose entonces la trilogía formalización - acusación - defensa, que acarrea la nulidad del juicio oral y de su pertinente sentencia.

SEGUNDO: Que por lo pronto conviene destacar que aun cuando la sentencia condenatoria no puede exceder los términos de la acusación y por ende no es posible castigar por hechos o circunstancias no comprendidos en aquélla, como lo preceptúa el artículo 341, inciso primero, del Código Procesal Penal, so pena de incurrir en el motivo absoluto de nulidad del juicio y su fallo, consagrado en la letra f) del artículo 374 del mismo ordenamiento y que también se ha esgrimido subsidiariamente por el recurrente, tampoco puede perderse de vista que la inobservancia de la extensión de la congruencia fáctica que aduce la defensa, a la acusación y formalización de la investigación a que se refiere el

inciso final del artículo 259 produce otro efecto distinto de la nulidad que se pretende, desde el momento que la actuación viciada da origen a la necesidad de subsanar la acusación del modo consignado en el artículo 270 de la referida recopilación legal citada. Y esta sola situación resulta bastante para desestimar esta causal de impugnación en examen.

TERCERO: Que, sin embargo y a mayor abundamiento, cabe tener en cuenta que la acusación debe contener la relación circunstanciada de los hechos atribuidos y de su calificación jurídica, ya que sólo así puede controlarse la congruencia antes aludida y permite al encausado preparar adecuadamente su defensa sin temor a sorpresas ni sucesos extraños a la acusación. En otras palabras, los cargos contemplados en la formalización de la investigación son definitivos, en el sentido que después de realizados no pueden ampliarse o alterarse en base a nuevos hechos punibles atribuibles a los procesados porque su existencia obliga a una nueva indagación separada por parte del Ministerio Público. Esta es la esfera del artículo 259, inciso final, del Código Procesal Penal, al igual de lo que acontece con la sentencia definitiva condenatoria que no puede exceder el contenido de la acusación, conforme lo prescribe el artículo 341 del mismo texto, sin perjuicio que, tal como en el evento anterior, el tribunal puede darle a los hechos una calificación jurídica diferente o apreciar la concurrencia de elementos agravantes de la responsabilidad criminal no incluidos en la acusación, siempre que se hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.

CUARTO: Que todavía es menester dejar en claro que en la litis penal, de acuerdo con el derecho al juicio previo y a la presunción de inocencia, el Estado tiene impuesta la carga de demostrar en grado de certeza todos los extremos de la imputación delictiva, o sea, todos aquellos hechos que, individualmente o en su conjunto permiten establecer los ingredientes del delito o, por el contrario, cuestionarlos. Vale decir, si consideramos que la pretensión punitiva ha de concretarse, en cada caso, en la imputación de uno o más hechos que, con arreglo a la ley penal sustantiva, configuran un determinado delito, serán hechos relevantes o pertinentes aquellos que acreditan o excluyen la presencia de los componentes del delito, la participación culpable del hechor y las circunstancias modificatorias de

su responsabilidad criminal comprendidas en la acusación.

Esta idea de la relevancia la encontramos, bajo la denominación sinónima de pertinencia, en el artículo 276 del Código Procesal Penal cuando se refiere a las pruebas que fueren manifiestamente impertinentes y a la reducción del número de testigos o documentos cuando se desee comprobar circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia sometida al conocimiento del tribunal del juicio oral.

QUINTO: Que esta noción adquiere interés si se repara en que las narraciones de los hechos de la acusación y de la defensa en el contexto del debate contradictorio aparecen plagadas de circunstancias accidentales carentes de mayor importancia para la resolución de la controversia y cuya demostración tiende muchas veces al entorpecimiento de los objetivos perseguidos por el proceso penal.

Y en este ámbito se insertan los elementos accidentales que reclama el recurrente, en orden a que el sujeto estaba solo o acompañado, si lo hacía en un vehículo o a pie con una mochila, si fue el móvil o aquél el fiscalizado o si se revisaron el equipaje o las vestimentas, que no alteran lo probado, más allá de toda duda razonable, que el acusado portaba una mochila donde guardaba ciento veintinueve coma seis gramos de una sustancia que resultó ser clorhidrato de cocaína y que fueron los cargos que se le formularon en la acusación, como se aparece del motivo segundo del auto de apertura de fojas 2 a 5.

SEXTO: Que el otro capítulo de la referida causal lo hace consistir en la vulneración de la norma reguladora del procedimiento establecida en el artículo 332 del indicado Código Procesal Penal, al permitirse la lectura en la audiencia de las declaraciones de un tercero para refrescar la memoria de un testigo presentado por el Ministerio Público, que nada había manifestado al respecto, en circunstancias que sólo procede en este caso la lectura de los propios asertos, pero no los de un extraño y pese a haberse reclamado oportuna, pero infructuosamente de la irregularidad, quedando así preparado el recurso, toda vez que no ha mediado un proceso previo legalmente tramitado y que también provoca la nulidad del juicio oral y su sentencia, al conculcar la garantía constitucional reseñada.

SÉPTIMO: Que no obstante aceptar la anomalía en la lectura de los testimonios de un tercero para refrescar la memoria del testigo del Ministerio Público, el teniente de Carabineros Eduardo Andrés Palma Fuentes, lo cierto es que la causal esgrimida, la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, precisa una transgresión sustancial de los derechos o garantías fundamentales que se invocan porque se trata de una exigencia propia de toda nulidad, en aras del principio de trascendencia que requiere un perjuicio sólo reparable con la invalidación del acto, lo que en el suceso en análisis no se divisa, por cuanto la comprobación del ilícito se fundó, según la resolución cuestionada, en otras numerosas probanzas que se detallan en el considerando tercero, numerales 1, 3, 4 y 5; en tanto que la impugnación apunta exclusivamente al número 2 de la misma reflexión, de suerte que no se advierte que esta sola deficiencia ostente la entidad suficiente para desvirtuar el mérito probatorio de los restantes medios ponderados y sobre los cuales el tribunal asienta su convicción acerca de la culpabilidad del encartado, por lo que tampoco puede prosperar el motivo de nulidad, en cuanto reposa en el vicio en estudio.

OCTAVO: Que, en subsidio del motivo de nulidad antes examinado, alega la causal absoluta de nulidad contenida en la letra f) del artículo 374, en conexión con el mismo inciso final del artículo 259 y el artículo 341 del Código Procesal Penal, basándola en la misma incongruencia entre los hechos de la formalización de la investigación, de la acusación y de la sentencia, ya relatados en el fundamento primero de la presente resolución, con lo que una vez más se incurre en la nulidad del juicio oral y su fallo, en opinión del compareciente.

NOVENO: Que, además de lo expuesto en el basamento segundo de esta resolución, relativo a la incongruencia entre la formalización de la investigación y la acusación, la cual da pábulo a un efecto distinto de la nulidad alegada, y que resulta

suficiente para desechar asimismo este motivo de nulidad, también es útil insistir en que la falta de correlación constituye causal absoluta de nulidad únicamente cuando se produce entre acusación y sentencia, mas no así cuando acontece entre formalización de la investigación y acusación, que es lo reprochado en la especie, a pesar que nuestro régimen legal también requiere correlación entre ambas, pero con otros efectos jurídicos.

En todo caso, el derecho comprometido es el de la defensa, más exactamente el axioma de la correlación entre imputación y fallo, en cuanto éste garantiza que nadie puede ser condenado por un hecho distinto de aquél que ha sido materia de la acusación, lo que no ocurre en forma alguna en el evento sub iudice.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 19, N° 3°, inciso quinto, de la Constitución Política de la República y 259, inciso final, 270, 276, 332, 341, 372, 373, letra a), 374, letra f), 375, 376, 384 y 387 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por el abogado don José Ignacio Araneda Henríquez, en representación del condenado Miguel Carlos Reyes Varas, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco el diecisiete de junio recién pasado y que rola de fojas 7 a 11 vuelta de estos antecedentes, la que, por lo tanto, no es nula.

Regístrese y devuélvanse.

Redacción del Ministro señor Rodríguez Espoz.

Rol N° 3.297-05.

PRONUNCIADO POR LA SEGUNDA SALA INTEGRADA POR LOS MINISTROS SRES. ALBERTO CHAIGNEAU DEL C., ENRIQUE CURY U., NIBALDO SEGURA P., JAIME RODRÍGUEZ E. Y EL ABOGADO INTEGRANTE SR. FERNANDO CASTRO A. NO FIRMA EL MINISTRO SR. CURY, NO OBSTANTE HABER ESTADO EN LA VISTA DE LA CAUSA Y ACUERDO DEL FALLO, POR ESTAR CON PERMISO.

- **Recuerda que el control sobre la prueba que la Corte puede hacer, sólo es posible cuando la actuación del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal ha sido notoriamente irracional o arbitraria.**

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria invocando las casuales de los artículos 373 letras a) y b) y 374 letra e) en relación con el artículo 342 letra c), todos del Código Procesal Penal. Respecto de la primera causal, argumentó que se vulneró el debido proceso al aceptarse como prueba una prueba anticipada que no fue incluida en el auto de apertura del juicio oral. Respecto de las siguientes causales, manifestó que el Tribunal condenó en base a una sola prueba directa, en concordancia con diversa prueba indirecta, no dando valor a la restante, y abundante, prueba directa presentada en juicio. Sostuvo, además, que éste hizo una fundamentación incompleta que no permitía reproducir el razonamiento utilizado. La Corte rechazó el recurso señalando que la prueba anticipada rendida cumplió con todos los requisitos legales no vulnerando el derecho del acusado al debido proceso. En cuanto a su no ofrecimiento en la debida oportunidad procesal, señaló que la hipótesis de la norma que la regula es para el caso en que el testigo efectivamente no concurra a la audiencia del juicio oral, de ahí que baste que el auto de apertura se limite a individualizarlo y señalar sobre lo que depondrá. En cuanto a haber basado la sentencia sólo en los dichos de un testigo, recordó que los jueces están facultados para apreciar en forma conjunta la prueba presentada y concederle la credibilidad que estimen dentro de los límites que la ley establece, lo que efectivamente se cumplió en la sentencia recurrida, la que además de haber cumplido con la regularidad formal del procedimiento, llegó a las conclusiones consignadas en su texto luego de una adecuada apreciación de la prueba. Finalmente, recalcó que la Corte sólo puede pronunciarse respecto de dicha apreciación cuando ésta ha sido notoriamente arbitraria o irracional.

Texto completo:

Santiago, cuatro de octubre de dos mil cinco.

VISTOS:

En este procedimiento del juicio oral en lo penal seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, Rol único 0400063267-3 y RIT 97-2005, se formuló acusación por la fiscal adjunta de Iquique, doña Paola Apablaza Arias, en contra de Ibar Graciell Zamorano González, R.U.N 14.107.432-6 y Eduardo Alberto Hernández Duarte, R.U.N. 11.666.308-2 a quienes se les imputa la comisión del delito de robo con intimidación en perjuicio del banco CORPBANCA, perpetrado en la jurisdicción de Iquique el día 19 de febrero del 2004. En la audiencia pública de rigor realizada el 13 de junio del presente año, se sostuvo la acusación por los señores fiscales Paola Apablaza Arias y Enrique Rodríguez Casanova, se recibió la declaración de los tes-

tigos del Ministerio Público y de la defensa de los enjuiciados, como asimismo, se exhibió la documental y las evidencias, todo con la intervención de la defensa de los encausados Zamorano y Hernández y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 325 y siguientes del Código Procesal Penal. La sentencia definitiva se expidió el 20 de junio de 2005 y por ella, el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal condenó a los mencionados Zamorano González y Hernández Duarte, a sufrir cada uno la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta perpetua para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, en su calidad de autores del delito de robo con intimidación en perjuicio del banco Corpbanca. En contra de este fallo, la defensa del imputado Eduardo Alberto Hernández Duarte dedujo recurso de nulidad, fundamentándolo conjuntamente en las

causales contenidas en los artículos 373 letras a) y b); y 374 letra e) en relación con los artículos 342 letra c) y 297, todos del Código Procesal Penal. Concedido el expresado recurso por el tribunal a quo, se elevaron copias del registro de la audiencia del juicio oral, de la sentencia y del escrito del mismo arbitrio impugnativo. En esta Corte Suprema, comparecieron el Ministerio Público y la defensa del imputado Hernández Duarte y, vencido el término que contempla el artículo 382 del Código aludido, se dispuso como fecha de la audiencia pública para la vista del recurso el día 14 del presente mes de septiembre, la que se verificó, escuchándose los alegatos de la recurrente y los del Ministerio Público, como se dejó constancia en el registro. Terminada la vista de la causa, el asunto quedó en acuerdo y se citó a las partes para la lectura del fallo para el día 04 de octubre del presente año.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, como se ha señalado, la impugnante ha fundado su recurso invocando conjuntamente las causales que señalan las letras a) y b) del artículo 373 y la de la letra e) del artículo 374 en relación con la letra c) del artículo 342 y artículo 297, todas del Código Procesal Penal, solicitando que con ello se anule el juicio oral y la sentencia según lo dispone el artículo 386 del mismo cuerpo legal;

SEGUNDO: Que, un primer aspecto del recurso de nulidad de autos, se encuentra referido a la causal contenida en el artículo 373 letra a) que invoca, sostiene que se ha violado el artículo 19 N° 3, incisos 1º, 5º y 6º de la Constitución Política de la República. En efecto, sostiene que se habría infringido sustancialmente la garantía del debido proceso, bajo las formas de denegación de justicia y de inobservancia del principio de inocencia. En un primer aspecto, indica que el fundamento del cual se ha valido el tribunal para condenar al inculpa-do consistió en haber tenido por acreditada su participación en los hechos con la sindicación directa del testigo Cristián Contreras Ramírez abonado por la sindicación indirecta o indicio del señor Luis Sandoval Torres, con lo expuesto en juicio por funcionarios de la Brigada Investigadora de Robos Metropolitana en la medida que éstos escucharon al testigo San Juan Moraga implicar a Hernández Duarte en el ilícito de autos, estimando como suficientemente jus-

tificada la responsabilidad que al inculpa-do le asiste en calidad de autor. De acuerdo a lo anterior, el recurrente señala que el tribunal no puede condenar al imputado teniendo por suficientemente justificada su responsabilidad, sino que por el contrario debió tener por acreditada su participación, dando por probada su realidad y efectividad, y no tenerla por justificada de acuerdo a la justicia o razón. Asimismo, manifiesta que la inclusión del testigo Cristián Contreras Ramírez se efectuó con inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso, en atención a que pese a la oposición a la petición de incorporación de su declaración como prueba anticipada por no ser ofrecida ni incluida en el auto de apertura del juicio oral, como lo ordena el artículo 277 letra e) del Código Procesal Penal, durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral y con ocasión de la prueba testimonial del Ministerio Público, el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal, habiendo debatido la situación, hizo lugar a la petición del Ministerio Público en tal sentido. Insiste que no se solicitó la inclusión de dicha prueba en la audiencia de preparación del juicio oral y advierte que lo contradictorio es que la fiscalía funda la incomparecencia del testigo en virtud de un certificado médico de fecha 3 de junio de 2005, cuya fecha es posterior a la de la acusación del 18 de abril y más aún a la de la realización de la audiencia de preparación del juicio oral;

TERCERO: Que, siguiendo con el razonamiento anterior, se reclama a su vez, la infracción relacionada con la inobservancia del principio de inocencia, estima vulneradas las normas del artículo 19 N° 3 inciso 6º de la Constitución Política de la República, en conexión con el artículo 4º del Código Procesal Penal, 14 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en atención a que es responsabilidad del Ministerio Público la de probar tanto los hechos como la participación de acuerdo al artículo 340 del Código procesal mencionado. Considera que de la sola lectura de la sentencia, como de la audiencia del juicio oral, se puede apreciar con certeza y claridad que el tribunal traslada el peso de la prueba sobre la defensa a fin de que ésta acredite un principio consagrado y garantizado por la Constitución Política, las leyes y tratados vigentes ratificados por Chile;

CUARTO: Que, el siguiente capítulo de nulidad está referido a la causal contenida en el artículo 373 letra b), por errónea aplicación de la ley adjetiva sobre valoración de la prueba. Efectivamente, el impugnante sostiene que el tribunal efectuó una equivocada aplicación del artículo 297 del Código Procesal Penal, al basar exclusivamente su sentencia en la declaración del testigo Cristián Contreras Ramírez, y a partir de ese testimonio, dar coherencia y credibilidad a lo dicho por personas totalmente extrañas a los hechos, esto es, con lo atestado por los detectives individualizados Ampuero y Sánchez. Agrega que, de paso, no se da ningún valor a la abundante prueba directa producida en el juicio, restándole todo mérito acreditativo, con lo que se violenta la libertad de apreciar dicha prueba, dejando de aplicar respecto de toda prueba presentada, tanto de cargo como de descargo, las máximas de experiencia y fundamentalmente, las reglas de la lógica, como los límites a dicha libertad;

QUINTO: Que, un tercer capítulo del presente recurso dice relación con la causal contenida en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 297 y 342 letra c) del mismo cuerpo legal. Al efecto, la recurrente, luego de reproducir el hecho acreditado contenido en el razonamiento duodécimo del fallo impugnado, hace presente que el fallo en parte alguna de sus consideraciones fija los hechos que estima comprobados que permitan establecer la participación que le habría cabido al inculpado. Considera, que tal omisión tiene influencia decisiva en la resolución, reiterando que el fallo no cumple con la obligación legal de hacerse cargo de toda la prueba producida, ni contiene a su respecto una fundamentación completa, pues no considera cada una de ellas en su integridad y en relación con las demás probanzas, como asimismo, no expresa las razones por las cuales, en relación con las otras, no las toma en cuenta, de manera que la fundamentación no permite la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que arriba siendo, incluso, contradictorio. Igualmente, indica que en su dictación, el fallo que impugna se ha apartado de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, no cumpliéndose por tanto con los requisitos de los artículos 36, 342 y 297 del Código procesal tantas veces citado. De acuerdo a lo anterior, y para acreditar este aserto, la recurrente consigna, a modo

referencial, los grupos de las pruebas rendidas en autos, y que dicen relación con: a) los ocho testigos presenciales directos del hecho, descritos en el considerando quinto, respecto de los cuales estima que no reconocieron al inculpado; b) los testigos no presenciales e indirectos del hecho que supuestamente vincularon a su representado, específicamente a Sandoval, Sánchez y Ampuero; c) los peritos de cuya declaración estima no poderse concluir responsabilidad en particular alguna, refiriéndose al perito de descargo; y d) los documentos y otros medios no ponderados por el tribunal.

SEXTO: Que, por fin, señala el recurrente que en cuanto al perjuicio y reparación, que de no haber existido los vicios anotados, el inculpado Eduardo Alberto Hernández Duarte, debió ser absuelto, por lo que solicita a esta corte se sirva acoger en todas sus partes el presente libelo de impugnación, anulando el juicio y la sentencia, determinando el estado en que debe quedar la causa y ordenando la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponda, a fin de que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral;

SÉPTIMO: Que en relación a la primera causal esgrimida por la impugnante, y que dice relación con la infracción a las normas constitucionales contenidas en del debido proceso, bajo las formas de denegación de justicia y de inobservancia del principio de inocencia, es preciso indicar que esta garantía, se encuentra ubicada en el capítulo tercero de la Constitución, destinado a establecer los derechos y deberes constitucionales, y se le indica en su artículo 19 N° 3 inciso 5° al decir que Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. Vale decir, la legalidad de un juzgamiento va a depender directamente de un proceso previo, y de una investigación, ambos racionales y justos. De acuerdo a lo anterior, y para el caso de marras, debe notarse que consta en estos autos lo siguiente: a) que el Ministerio Público, haciendo uso de la facultad que le confiere el inciso segundo del artículo 191 y cumpliéndose los requisitos que dicha norma exige, solicitó ante el juez de garantía se recibiera la declaración anticipada del testigo Cristián Contreras Ramírez; b) que aceptada la solicitud, la declaración se efectuó con la asis-

tencia de todos aquellos que tuvieron derecho a asistir al juicio oral, en especial, la defensa de los inculpados, a quienes la ley les otorga todas las facultades para su participación en ésta de la misma forma que en la audiencia del juicio oral; c) que estas circunstancias no se encuentran controvertidas por la ahora recurrente, lo que incluso se corrobora en su mismo libelo impugnatorio al señalar, a fojas 50, en el párrafo quinto de éste: En efecto, si bien es cierto que esta parte ejerció los derechos correspondientes del acusado en la audiencia anticipada de prueba, este no es el tema debatido. No se objetó por parte de las defensas, la prueba anticipada. Lo anterior deja en evidencia, desde ya, que se han respetado las normas constitucionales del debido proceso;

OCTAVO: Que, no obstante lo anterior, la recurrente aduce que la infracción reclamada dice relación con el intento de incorporar por parte de la fiscalía la prueba ya indicada respecto de la cual considera no haber sido ofrecida en la correspondiente oportunidad procesal. Según esto, es preciso reparar, primeramente en el concepto mismo de la institución de la prueba anticipada, entendiéndose por tal aquella que se presta ante un tribunal diverso -juez de garantía- de aquél que ordinariamente corresponde, cuando se prevé la imposibilidad del deponente de concurrir a la audiencia del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia, o por existir motivo que hiciera temer la sobrevinencia de su muerte, incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante. Ahora bien, en cuanto al objeto de esta antelación de prueba, cabe destacar que la Cámara de Diputados estimó que este es un caso en el cual se piensa que el medio de prueba de que se trata no podrá ser llevado a juicio, por lo que se hace una audiencia, una especie de antejuicio, en que se cita a todas las partes, se toma la prueba y, luego, el acta se lee en el juicio oral. (Cámara de Diputados, Publicación Oficial, Redacción de Sesiones, página 177). De acuerdo a lo reseñado, es dable inferir por esta Corte que en atención al interés superior, consistente en el adecuado esclarecimiento de los hechos sometidos a persecución penal, por sobre el principio de inmediación, la recepción de la prueba anticipada en el juicio oral, se encuentra sujeta a la condición de que ocurra el hecho que imposibilita la inasistencia del deponente. En consecuencia, la hipótesis en que se coloca la norma

en análisis tendrá efecto sólo en la medida que el deponente no concurra efectivamente a la audiencia del juicio oral, por lo cual basta que en el auto de apertura de éste, se lo individualice, señalando las circunstancias sobre las cuales depondrá. Por tanto, como se vislumbra, dichas condiciones se han verificado, pues ante la posible inasistencia del testigo Cristián Contreras Ramírez, se recibió anticipadamente su declaración -con aquiescencia y presencia de la defensa- y, verificada su inasistencia al comienzo de la audiencia, operaron las condiciones que hacen procedente la recepción de declaraciones anteriores al juicio oral de conformidad al artículo 331 letra a) del Código Procesal Penal;

NOVENO: Que, con lo ya razonado, resulta bastante para desestimar este capítulo de nulidad impetrado por la defensa del inculpado Hernández Duarte;

DÉCIMO: Que, en relación al segundo acápite de nulidad, referido a la causal del artículo 373 letra b), por errónea aplicación de la ley sobre valoración de la prueba, el impugnante sostiene que los juzgadores efectuaron una errada aplicación del artículo 297 del Código Procesal Penal, al basar exclusivamente su sentencia en la declaración del testigo Cristián Contreras Ramírez, y a partir de ese atestado, dar coherencia y credibilidad a lo dicho por personas totalmente extrañas a los hechos, se debe tener presente que como corolario de lo dispuesto en los artículos 296 y 340 inciso 2º del ordenamiento procesal penal, el tribunal está facultado para hacer la apreciación conjunta de la prueba y conceder credibilidad a unas u otras declaraciones en todo o parte, pudiendo tomar datos de todas las manifestaciones prestadas, según su personal criterio y valoración, conforme al principio de la libre valoración establecido en el artículo 297 del referido texto legal, por lo que resulta claro que el nuevo proceso penal obliga a los jueces en su sentencia a indicar todos y cada uno de los medios probatorios atinentes a fijar los hechos y circunstancias propuestos por los intervinientes, expresar sus contenidos y en base a ellos razonar conforme a las normas de la dialéctica a fin de evidenciar las motivaciones que se han tenido en cuenta para preferir uno del otro o para darle preeminencia, de modo que de dicho análisis fluya la constancia de cómo hicieron uso de la libertad para ponderarla y llegaron a dar por acreditados los hechos y circunstancias que serán ina-

movibles posteriormente. Esta libertad que la ley le reconoce a los sentenciadores para apreciar toda la prueba, no puede merecer reproche si la sentencia pone en forma clara y expresa en evidencia que no se han quebrantado las limitantes que ella misma ha impuesto, esto es, que la forma de apreciar la prueba con libertad no contradiga los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, lo que supone, dicho de otro modo, que se respeten las normas del silogismo; los principios, vivencias, proposiciones y enseñanzas adquiridas por los jueces durante su vivir y en ejercicio de la función judicial, como también los conocimientos que científicamente resulten prevalentes conforme se desprenda de quienes los dominan o manejan;

UNDÉCIMO: Que, por último, el compareciente esgrime el motivo de invalidación establecido en el artículo 374, letra e), del ordenamiento adjetivo criminal, en relación con los artículos 297 y 342, letra c) de la misma recopilación, ya que la sentencia no fija los hechos que estima acreditados y que le permitieron establecer la participación que le habría cabido a su representado, incumpliendo, a su vez, con la obligación legal de hacerse cargo de toda la prueba producida, así como apartarse de los requisitos de los artículos 36, 342 y 207 del Código Procesal Penal, volviendo a reiterar las alegaciones que sirvieron de fundamento al capítulo de nulidad anterior, razón por la cual, habiendo quedado asentado que dichas infracciones son inexistentes, según se consignó en reflexiones anteladas de este dictamen, será desechado de plano este fundamento de nulidad;

DUODÉCIMO: Que, a mayor abundamiento, se debe recordar que el control que esta Corte puede hacer sobre la prueba sólo cabe si la valoración efectuada por el tribunal oral ha sido notoriamente irracional o arbitraria, cuyo no ha sido el caso, sino que por el contrario, junto con respetar la regularidad formal del procedimiento, se hizo una adecuada apreciación de la prueba para llegar a las conclusiones consignadas en el fallo;

DECIMOTERCERO: Que, con lo expuesto, es evidente que la sentencia atacada no incurrió en ninguna de las causales de nulidad alegadas por la recurrente.

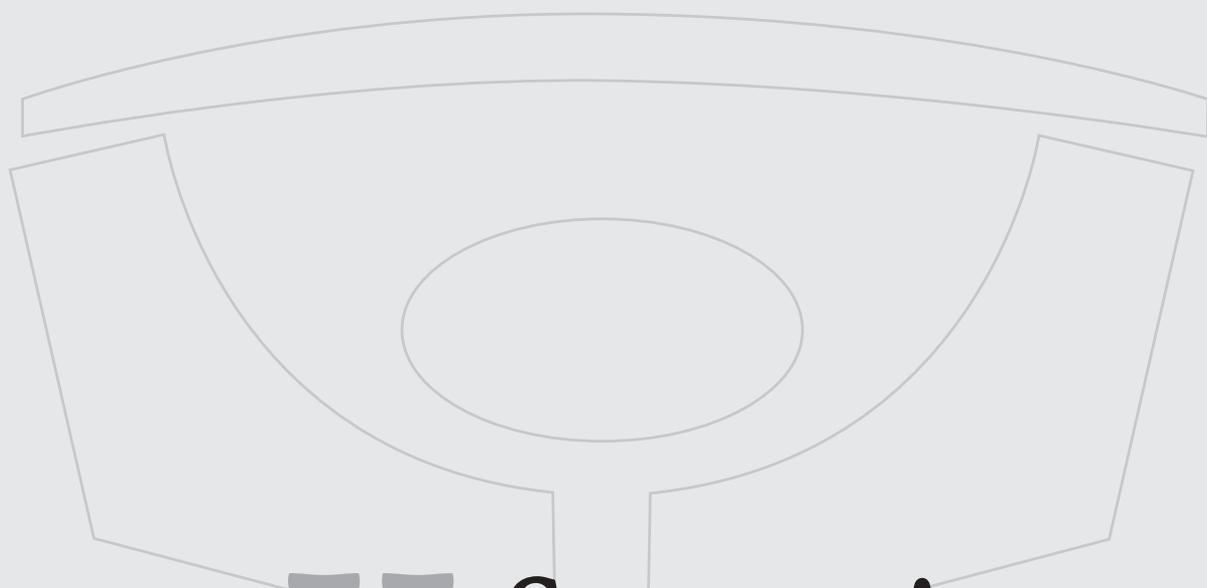
Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 19, N° 3º, incisos 1º, 3º y 5º, de la Constitución Política de la República, 341, 342, letra c), 372, 373, letras a) y b), 374, letras c) y f), 376 y 384 del Código Procesal, se rechaza el recurso de nulidad deducido por el abogado Guillermo Rojas Granada, en representación de Eduardo Alberto Hernández Duarte, en lo principal de su libelo de fojas 46 a 69, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Iquique, con fecha veinte de junio de dos mil cinco, como se lee de fojas 1 a 26 de estos antecedentes, la que, por consiguiente, no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 3231 - 05.

Redacción del Ministro Sr. Alberto Chaigneau del Campo.

PRONUNCIADO POR LA SEGUNDA SALA INTEGRADA POR LOS MINISTROS SRES. ALBERTO CHAIGNEAU DEL C., ENRIQUE CURY U., ADALIS OYARZÚN M., RUBÉN BALLESTEROS C. Y EL ABOGADO INTEGRANTE SR. FERNANDO CASTRO A.



II Sentencias Comentadas

COMENTARIO DE SENTENCIA DEL JUZGADO DE GARANTÍA DE SAN ANTONIO DE 22.07.2005.

SILVIA PEÑA WASAFF

*Abogada Asesora
Ministerio Público*

· Sentencia:

San Antonio, veintidós de julio de dos mil cinco.

OÍDOS LOS INTERVINIENTES Y VISTOS LOS ANTECEDENTES:

1° Que ante este Juzgado de Garantía de San Antonio, el Fiscal Adjunto de esta ciudad don Álvaro Ortiz Moya, presentó acusación en contra de José Emilio Soto González, cédula de identidad N° 13.769.348-8, domiciliado en Pasaje El Sauce n° 1612, Viuda 10, Llo Lleo, San Antonio, representado por el abogado Defensor privado don Héctor León González.

2° Que el hecho y circunstancia que fue objeto de la acusación en contra de los imputados es el que a continuación se expone:

“El día 17 de noviembre de 2004 siendo aproximadamente las 22:10 horas en cumplimiento de una orden judicial de entrada, registro e incautación emanada del Tribunal de Garantía de San Antonio basada en una serie de denuncias previas referidas a la venta de pasta base de cocaína en el inmueble ubicado en calle El Sauce n° 1612, Llo Lleo, San Antonio, personal de la SIP de Carabineros de San Antonio ingresó al inmueble ya referido encontrando en poder del acusado José Emilio Soto González un monedero de color café que mantenía en un bolsillo de su chaqueta, monedero que en su interior contenía, a su vez, la cantidad de 16 envoltorios de papel de pasta base de cocaína, debidamente dosificada y listos para su comercialización, arrojando un total de 3,6 gramos peso bruto de la droga ya indicada, así como, dos coladores y utensilios para su dosificación aún con restos de droga y un cuaderno de hojas cuadrículadas idénticas a las utilizadas para los envoltorios de papel en que se encontraba ya dosificada la droga y al que le faltaban varias hojas.”

A criterio del Ministerio Público estos hechos son constitutivos del delito de microtráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 4 en relación al artículo 1° Ley 20.000 en el cual le corresponde al acusado José Emilio Soto González participación en calidad de autor del mismo de conformidad al artículo 15 n° 1 del Código Penal y el delito se encuentra en grado de consumado.

Señala que concurre en relación al delito de Microtráfico la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal del artículo 11 n° 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior del acusado.

Solicita el Ministerio Público finalmente la aplicación en su contra la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, más las penas accesorias legales del artículo 30 del Código Penal y al pago de las costas, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 45 del Código Procesal Penal.

3° Que los intervinientes, tanto la Defensa como el Ministerio Público solicitaron al Tribunal, en la audiencia de preparación del juicio oral, proceder de conformidad a las normas del Procedimiento Abreviado.

Para estos efectos el Ministerio Público procedió a modificar su acusación en lo referente a la pena anteriormente señalada, solicitando una de 541 días de presidio menor en su grado mínimo, más las accesorias legales del artículo 30 del Código Penal y al pago de las costas, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 45 del Código Procesal Penal.

4° Que de conformidad al artículo 409 del Código Procesal Penal, el Tribunal antes de resolver la solicitud procedió a verificar que el acuerdo del acusado para proceder de conformidad al procedimiento abreviado así como la aceptación de los antecedentes de la investigación que invocó el Mi-

nisterio Público como fundamento, hubieren sido prestados por el acusado con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente.

Que, el Tribunal habiendo constatado la voluntad del acusado y de conformidad al artículo 410 del Código Procesal Penal tomando en consideración que los antecedentes eran suficientes para proceder de acuerdo a las normas del procedimiento abreviado, decreta que se acepta la solicitud del señor Fiscal y de los imputados en orden a proceder en esta causa de conformidad a las normas del procedimiento abreviado.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la acusación que será objeto de procedimiento abreviado es la expuesta con anterioridad.

A criterio del Ministerio Público estos hechos son constitutivos del delito de microtráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 4 en relación al artículo 1° Ley 20.000 en los cuales le corresponde al acusado José Emilio Soto González participación en calidad de autor del mismo de conformidad al artículo 15 del Código Penal y el delito se encuentra en grado de consumado.

Solicitando el Ministerio Público finalmente la aplicación en su contra la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, más las accesorias legales del artículo 30 del Código Penal y al pago de las costas, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 45 del Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Que el acusado, habiéndosele advertido de sus derechos libre y voluntariamente, ha aceptado expresamente los hechos referidos en la acusación y ha manifestado su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado normado en el Título III del Libro IV del Código Procesal Penal.

TERCERO: Que los antecedentes aportados por el Ministerio Público en la audiencia tendientes a establecer la existencia del hecho punible y la participación que en él le correspondió al imputado son los siguientes:

a) Parte detenido nº 891 de la Subcomisaría de LLo Lleo de fecha 17 de noviembre de 2004 que da cuenta que el día 8 de noviembre de 2004 le fue entregada una orden de entrada, registro e incautación y siendo el día 17 de noviembre de 2004 a las

22:10 horas aproximadamente personal del OS7 a cargo del Teniente Lincoyán Valenzuela hizo ingreso al referido domicilio percatándose al momento de la entrada que la propiedad Berta González huía hacia el patio posterior con una bolsa en sus manos la cual arrojó a pocos metros tras ser revisada encontró en su interior 2 coladores uno plástico de color amarillo y otro metálico, ambos con restos de pasta base los que fueron incautados tras efectuarle prueba de campo. En tanto, José Soto fue registrado en el living del inmueble por el Cabo 1º Juan Orellana, encontrándole en un monedero de color café que mantenía en un bolsillo de su chaqueta la cantidad de 16 envoltorios con pasta base de cocaína, debidamente dosificada y lista para su comercialización. El mismo Cabo 1 encontró en el living un cuaderno cuadriculado el cual le faltan varias hojas idénticas a las utilizadas en la confección de los papelillos con droga decomisada. De una cartera que se encontraba en el dormitorio la cabo 2 Erika Bravo incautó la suma de \$2.340 pesos en dinero efectivo por presumirse que era fruto de la venta de la droga.

Realizada la prueba de campo a la sustancia encontrada a José Emilio Soto González esta sustancia dio coloración azul turquesa positiva ante la presencia de pasta base de cocaína. La droga arrojó un peso de 3,6 gramos bruto, la que se pesó sin separarla de sus envases.

Se acompaña al parte policial:

1) Acta de prueba de campo de la droga incautada a José Emilio Soto González consistente en una sustancia de color beige, arrojando coloración positiva azul turquesa ante la presencia pasta base de cocaína.

2) Acta de incautación de droga encontrada en poder de José Emilio Soto González consistentes en 16 envoltorios de papel de cuaderno cuadriculado contenedores de 3,6 gramos peso bruto de pasta base de cocaína.

b) Acta de recepción Nº 720 de fecha 19 de noviembre de 2004, que da cuenta que se recibe en la oficina de asesoría de farmacia del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio, por oficio Nº 394 de fecha 17 de noviembre de 2004 la siguiente especie: polvo blanco-amarillento seco de 3,48 gramos bruto y 0,96 gramos neto. Recepción suscrita por la químico farmacéutico Gilda Solís Poblete.

c) Reservado N° 1115 que remite el informe N° 719 de estupefacientes correspondiente a parte n° 891 de fecha 17 de noviembre de 2004, elaborado con fecha 24 de noviembre de 2004 suscrita por el Director de servicio de salud Valparaíso-San Antonio que informa que las muestras recibidas por el laboratorio ambiental empleada en análisis obtuvo el siguiente análisis: de los 0,96 gramos corresponde a cocaína base con un 46,50%.

d) Informe de estupefacientes N° 719 que informa que las cantidades recibidas por el laboratorio ambiental empleada en análisis 0,96 gramos, señalando que en la prueba se detectó la presencia de cocaína y bicarbonato, carbonato y almidón, correspondiente al contenido de cocaína base.

Se acompaña un informe sobre la acción de la cocaína en el organismo.

e) Set de 9 fotografías que muestran envoltorios de papel, dinero, un cuaderno, dos coladores.

f) Orden de investigar n° 34 diligenciada por la sección OS7 de Carabineros que informa que realizada las investigaciones encargadas indica que tanto doña Berta González como José Emilio Soto González mantienen una venta de pasta base de cocaína utilizando jóvenes del sector, los cuales ubican compradores llevándolos al domicilio.

g) Declaración del Sargento 2° de Carabineros Julio Arnoldo Rozas Rozas, quien señala que el día 17 de noviembre de 2004, se encontraba de servicio en la patrulla compuesta por el actual Capitán señor Lincoyán Valenzuela y los actuales Sargentos 2° Tirso Hermosilla Aguayo, Juan Orellana López y por la cabo 2° Erika Bravo Aravena y una vez que se encontraba realizando el registro respectivo encontró en un mueble de la cocina un revólver marca Passer calibre 22 con tres tiros sin percutar en su cilindro, le correspondió leerle los derechos en el mismo registro los otros funcionarios de la patrulla encontró 18 papelillos con pasta base de cocaína y un cuaderno de donde extraían las hojas para fabricar los citados papelillos. Al momento del ingreso Berta González huyó hacia el patio arrojando bolsa con dos coladores, los que fueron incautados por el sargento 2° Hermosilla debido a que estos utensilios son habitualmente utilizados para refinar la droga.

h) Declaración del Capitán de Carabineros Lincoyán Enrique Valenzuela Valenzuela que señala que efectivamente el día 17 de noviembre del año 2004 se encontraba a cargo de una patrulla, acompañado de los actuales Sargentos 2° Tirso Hermosilla Aguayo, Julio Rozas Rozas, Juan Orellana López y por la cabo 2° Erika Bravo Aravena y ante diferentes antecedentes recopilados en diversas denuncias del teléfono drogas como reclamos efectuados por miembros de la junta de vecinos del sector que indicaban que en la calle El Sauce n° 1612 de Llo Lleo, se estaría efectuando la venta de pasta base de cocaína por parte de su propietaria, Berta González y su hijo José Emilio Soto González. Debido a lo anterior y previo conocimiento de la Fiscalía local de San Antonio ésta generó la orden de investigar por la que se reunieron antecedentes concretos que determinaron la efectividad del ilícito, procediendo posteriormente a extender el Tribunal de garantía una orden de entrada y registro, por el plazo de 10 días, fue así que el día 17 de noviembre de 2004, a las 22.10 horas aproximadamente personal de la sección OS7 de San Antonio a su cargo, hizo ingreso al domicilio percatándose al momento de la entrada que la propietaria Berta González huía hacia el patio posterior con una bolsa en sus manos, la cual arrojó a pocos metros. Una vez revisada la bolsa por el Sargento Hermosilla Aguayo encontró en su interior dos coladores, uno de plástico color amarillo y el otro metálico, con estos de pasta base de cocaína, los que fueron incautados tras efectuarle prueba de campo, los que son utilizados para la dosificación de la droga. A su hijo José Emilio Soto González fue registrado en el living del inmueble por el cabo 1° Juan Orellana López, encontrándole en un monedero de color café que mantenía en un bolsillo de su chaqueta la cantidad de 16 envoltorios con pasta base debidamente dosificada. El cabo 1 encontró en el living sobre un mueble un cuaderno cuadriculado al cual le faltaban varias hojas idénticas a las utilizadas en la confección de los papelillos con droga decomisados. En tanto el cabo 1° Julio Rozas Rozas en un mueble de la cocina encontró un revólver marca Passer, calibre 22 con 3 tiros sin percutar; en una cartera encontrada en el dormitorio de la imputada la cabo 2° Erika Bravo incautó la suma de \$2.340 en dinero efectivo.

i) Declaración del sargento 2º de Carabineros Tirso Hermosilla Aguayo quien señala que efectivamente el día 17 de noviembre del año 2004 se encontraba de servicio de una patrulla, acompañado del capitán Lincoyán Valenzuela, y actuales Sargentos 2º Julio Rozas Rozas, Juan Orellana López y por la cabo 2º Erika Bravo Aravena, detuvieron al acusado en cumplimiento de la orden de entrada y registro, solicitada. Señala que fue así que el día 17 de noviembre de 2004, a las 22.10 horas en los instantes que ingresaba al domicilio percatándose al momento de la entrada que la propietaria Berta González huía hacia el patio posterior con una bolsa en sus manos, la cual arrojó a pocos metros, una vez revisada la bolsa se encontró en su interior dos coladores, uno de plástico color amarillo y el otro metálico, con restos de pasta base de cocaína, los que fueron incautados tras efectuarle prueba de campo, los que son utilizados para la dosificación de la droga. Los otros funcionarios, encontraron en el domicilio un cuaderno del cual se sacaban hojas para la confección de los papelillos, un revólver calibre 22 con tres tiros y la cantidad de 16 papelillos con pasta base de cocaína, según lo que recuerda, después de haber registrado el inmueble no encontró más drogas.

j) Declaración del Sargento 2º de Carabineros Juan Enrique Orellana López, quien señala que efectivamente el día 17 de noviembre del año 2004 se encontraba de servicio de una patrulla, acompañado del capitán Lincoyán Valenzuela, y actuales Sargentos 2º Julio Rozas Rozas, Tirso Hermosilla y por la cabo 2º Erika Bravo Aravena, en el interior del inmueble le correspondió realizar el registro al imputado José Emilio Soto González lo que se realizó en el living del inmueble encontrándole en un monedero de color café que mantenía en un bolsillo de su chaqueta la cantidad de 16 envoltorios con pasta base de cocaína dosificada y encontró en el living, sobre un mueble, un cuaderno cuadrado al cual le faltaban varias hojas idénticas a las utilizadas en la confección de los papelillos con drogas, se le incautaron a doña Berta González dos coladores, dinero y un revólver calibre 22.

k) Declaración de la cabo 2º Erika del Rosario Bravo Aravena quien señala que efectivamente el día 17 de noviembre del año 2004 se encontraba de servicio de una patrulla, acompañada del capitán Lincoyán Valenzuela, y actuales Sargentos 2º

Julio Rozas Rozas, Tirso Hermosilla y Juan Orellana López, y mientras realizaba el registro del inmueble, del interior de la cartera que se encontraba en el dormitorio de la imputada procedió a incautar la suma de \$2.340 pesos en dinero efectivo, en el procedimiento se incautaron 2 coladores, dinero y un revólver calibre 22. Posteriormente los imputados fueron puestos a disposición del Juzgado de Garantía de San Antonio.

l) Extracto de filiación y antecedentes del acusado José Emilio Soto González quien no registra antecedentes penales anteriores.

CUARTO: Que el Ministerio Público señaló que con los antecedentes anteriormente reseñados se pueden dar por acreditados los hechos materia de la acusación y de la participación del imputado, atendido que con ellos se puede acreditar que se encontró en poder del imputado la cantidad de 3,6 gramos bruto de droga, arrojando un peso neto total de 0,96 gramos de una sustancia que correspondía según lo informado por el Director del Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio corresponde a cocaína base con un 46,50% de pureza y para ello además se cuenta con la declaración de los funcionarios de Carabineros Sargento 2º de Julio Arnoldo Rozas Rozas, el Capitán de Carabineros Lincoyán Enrique Valenzuela Valenzuela, y los Sargento 2º Tirso Hermosilla Aguayo, Juan Enrique Orellana López y la cabo 2º Erika del Rosario Bravo Aravena, quienes en cumplimiento de la orden judicial emanada del Tribunal de Garantía, si bien, con posterioridad a la fecha en que tenía vigencia y ya estando caducada ingresaron al domicilio y por el registro del imputado encuentran esta sustancia.

Señala el Ministerio Público que esta prueba que se deriva de este ingreso, la que si bien estaba caducada, y considerada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso como no apta para producir la detención del imputado, no deviene en la ilicitud de la prueba, por ello esta prueba debe ser valorada, por lo que tanto, los elementos incautados, el set fotográfico y las declaraciones de los funcionarios pueden ser utilizados atendido que es prueba autónoma e independiente y producto de hallazgo inevitable, y que el ingreso sólo puede estar viciado por forma, sin embargo se debe considerar, teniendo presente el principio de la buena fe con que actuó la policía en la diligencia quienes no repararon que la orden estaba caduca y estos problemas formales no atentan contra el debido proceso.

Señala el Ministerio Público que se habían reunido antecedentes que consisten en órdenes de investigar que informan sobre las denuncias en contra del imputado por lo que existían presunciones fundadas en que en ese domicilio se efectuaba el delito de tráfico.

Señala el Ministerio Público que hay reiterados fallos que señalan que la infracción de ilegalidad no significa infracción a garantías constitucionales del debido proceso o que obsten a la incorporación de la prueba a una carpeta de investigación y consecuente valoración parte del Tribunal. Señala que el hecho que los funcionarios policiales hayan ingresado con posterioridad de los 10 días que tenía como vigencia la orden y actuaron sin reparar en la fecha de la misma, constituye un error accesorio, el hallazgo de la droga es producto de una actuación que queda cubierta por lo que la doctrina señala que es el hallazgo inevitable y de buena fe de la policía, atendido que, en definitiva, si la policía hubiese reparado en el error de la fecha en torno a la caducidad de ésta, hubiese bastado con que se hubiese informado al Fiscal para que éste requiriese una prórroga, por lo que es claro que el personal policial no reparó en el error y además a título de qué se actuaría así. Por tanto, y en ese contexto la sola infracción de ley no es vulneración de garantías constitucionales, por lo que señalar como conclusión que toda orden con problemas formales da cuenta de ilicitud sería una renuncia a un análisis de fondo de ellos.

QUINTO: Que la defensa solicita la absolución de su representado, atendido que la aceptación de los hechos y antecedentes no constituyen la culpabilidad o reconocimiento de autoría y el Tribunal debe determinar con los antecedentes que el Ministerio Público haya recopilado y que sobre estos antecedentes si bien el imputado los aceptó no significa que al Tribunal le esté prohibido ponderarlos.

El inconveniente formal que señala el Ministerio Público y por el cual se privó de libertad a su representado y el cual es avalado por la Fiscalía en consideración que los funcionarios policiales actuaron de buena fe, no puede significar que se le dé patente de validez a la actuación del personal policial, por lo que todas las actuaciones posteriores al ingreso del inmueble con una orden que ya estaba caduca no debe ser considerada y valorada para el

Tribunal, atendido que significa vulneración de derechos constitucionales y tales actuaciones carecen de validez y la prueba recopilada es nula y está viciada, atendido que los antecedentes que aportan todos son de origen ilegal y los demás elementos no son suficientes para acreditar los hechos y la participación de su defendido en el delito de microtráfico.

En subsidio solicita que en caso de dictarse sentencia condenatoria que la pena de multa que se le imponga se le permita cancelarla en 20 cuotas.

SEXTO: Que para resolver esta causa en un primer momento se debe determinar qué significa la aceptación de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación, a juicio de este Tribunal no significa el reconocimiento de la culpabilidad y tampoco una renuncia a que estos elementos sean ponderados por el Tribunal, no sólo en cuanto su suficiencia para acreditar tanto el hecho y la participación, sino también la validez de estos antecedentes, pues a juicio del Tribunal resulta contrario al derecho que un antecedente fruto de una violación de derechos fundamentales pueda ser reconocido como válido en un proceso penal y que fundamente una sentencia, si es el Tribunal el que está llamado a garantizar estos derechos, atendido que el Tribunal como deber tiene el respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana en el ejercicio de su jurisdicción de conformidad lo que dispone el artículo 1 y 6 de la Constitución Política de la República debe sujetarse a tal mandato.

Que con los antecedentes que ha reunido el Ministerio Público y sin realizar un análisis en cuanto al valor que pueda otorgárseles, serían suficientes para dar por acreditados los hechos materia de la acusación al igual que la participación del acusado en ellos, atendido que de las declaraciones de los funcionarios policiales se puede acreditar que al acusado mientras se encontraba al interior del inmueble ubicado en calle El Sauce n° 1612, Llo Lleo, San Antonio, inmueble al que ingresó personal de Carabineros de San Antonio en cumplimiento de una orden de entrada, registro e incautación, al efectuarle un registro de sus vestimentas le fue encontrada la cantidad de 16 papelillos que contenían en su interior una sustancia que analizada por el Servicio de Salud Valparaíso-San Antonio, arrojó que corres-

pondría a 0,96 gramos neto de cocaína base, incautando además en su poder dos coladores y utensilios para su dosificación.

Que, sin embargo, el Tribunal debe determinar en base de las alegaciones de la defensa y de lo que consta en los antecedentes de investigación y en la carpeta del Tribunal cuáles son los antecedentes válidos y que pueden ser ponderados para poder determinar tanto el hecho como la participación atribuida al acusado.

Que de los antecedentes en la carpeta judicial consta que con fecha 5 de noviembre de 2004 se solicitó por Fiscal de San Antonio don Patricio Caroca Luengo una orden de entrada, registro e incautación, para el domicilio de calle El Sauce nº 1612 Llo Lleo de propiedad de Berta González y José Emilio Soto González, accediendo el Tribunal con esa misma fecha a tal autorización.

Que del Tribunal emanó esta orden de entrada, registro e incautación cuya fecha de emisión corresponde al día 5 de noviembre de 2004 firmada por la señora Juez doña Soledad Orellana Pino, por la que se autorizaba la entrada y registro del domicilio ubicado en El Sauce nº 1612 Llo Lleo de propiedad de Berta González y José Emilio Soto González, así como la incautación de todas las especies y demás objetos relacionados con el hecho investigado, se autoriza a que se realice de las 22:00 a 8:00 horas. Señalando la orden en su parte inferior que "La presente orden se extiende por el plazo de 10 días a contar de esta fecha."

Que el entonces abogado defensor Penal Público don Eduardo Riquelme Portilla interpuso recurso de amparo a favor del imputado, el que con fecha 13 de diciembre de 2004 fue resuelto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso la que acogió este recurso, toda vez que, si bien, la orden de registro fue dada por la autoridad, su cumplimiento se realizó fuera del plazo que la ley autoriza para ello, por lo que la detención del amparado que se realizó dentro del domicilio registrado resulta ilegal y arbitraria, toda vez, que la orden que la autoriza se encontraba caducada de conformidad a lo dispuesto en el artículo 208 del Código Procesal Penal.

Que, por tanto, habiendo ya un pronunciamiento de la Ilustrísima Corte de Apelaciones en relación a que la detención del imputado fue ilegal y arbitraria atendido que la orden que la autorizaba

se encontraba caduca, se debe determinar si la prueba obtenida a raíz de esa entrada y registro con esta orden cuyo plazo había expirado se puede considerar como para fundamentar una sentencia en contra del acusado.

Que en ese orden la defensa, como ya se ha señalado, solicita la exclusión de toda la prueba obtenida por parte del Ministerio Público a raíz de la entrada y registro realizada fuera del plazo establecido en el artículo 208 del Código Procesal Penal, requiere en definitiva que se excluya la prueba por inobservancia de derechos fundamentales constitucionales atendido que tales actuaciones carecen de validez y la prueba recopilada es nula y está viciada, ya que los antecedentes que aportan todos son de origen ilegal.

Por su parte el Ministerio Público solicita que no se acoja esta solicitud atendido que esta infracción legal no acarrea una infracción constitucional a las garantías del debido proceso o que obstene a la incorporación de la prueba a una carpeta de investigación y consecuente valoración por parte del Tribunal, y que esto constituye un error accesorio, por lo que el hallazgo de la droga es producto de una actuación que queda cubierta por lo que la doctrina señala que es el hallazgo inevitable y de buena fe de la policía, por lo que debería admitirse.

Que como ya se ha señalado el Tribunal no puede basar una decisión en una prueba que haya sido obtenida con inobservancia de las garantías constitucionales atendido que se debe lograr la verdad procesal mediante el respeto a las reglas y garantías constitucionales, que así el artículo 276 del Código Procesal Penal señala que el Juez excluirá las obtenidas con esta inobservancia a estas garantías fundamentales, es decir, se debe estar en presencia de un incumplimiento de una norma legal que contiene un mandato que en sí mismo constituye una garantía de un derecho fundamental, por lo que su trasgresión implica una vulneración de este derecho, y se debe determinar si la norma legal que señala un requisito en el desarrollo de una diligencia de investigación se ubica en el sistema de garantías que rodea a este derecho fundamental, por lo que si este requisito tutela el derecho fundamental y su razón de ser consiste en darle protección a este derecho, la infracción a esta norma no es sólo una infracción legal sino que infringe la regla constitucional.

Que, lo protegido en este caso es la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, esto es “la inviolabilidad del hogar” y se debe determinar si la regla del artículo 208 del Código Procesal Penal que señala que esta orden tiene una duración o vigencia de 10 días es una regla que su infracción acarrea la vulneración a la garantía constitucional.

Que la orden por ley tenga una vigencia de sólo 10 días se debe a que la ley ha permitido su afectación sólo por determinado lapso de tiempo, a fin de que pasado ese plazo el Ministerio Público si requiere que ésta se realice, solicite al Juzgado de Garantía una nueva orden en la que el Ministerio Público deba nuevamente exponer los antecedentes que la fundan y se determine por parte del Tribunal si es procedente o no, por lo que a juicio del Tribunal no es sólo una infracción legal, sino que si se ha realizado fuera del plazo establecido se debe entender que ya no existe autorización legal para proceder a la entrada y registro del inmueble, por lo que debe entenderse que no existe y por tanto al no existir esta autorización se ha producido una infracción legal y además constitucional, por lo que atendida esta circunstancia se debe determinar si de esta diligencia que se ha llevado a cabo con infracción constitucional, se ha obtenido alguna prueba, y determinar el futuro de ésta, lo que en el caso que nos ocupa consiste en la declaración de los funcionarios policiales, la incautación de dos coladores a los que se efectuaron pruebas y se descubrió en ellos la presencia de cocaína base y la incautación al acusado producto de una revisión a él efectuada dentro del domicilio de los 16 papelillos que son objeto de la acusación.

Que, por tanto, para determinar si la prueba obtenida, a raíz de esta entrada ilegal y con infracción de garantías constitucionales, debe también excluirse, se necesita atender a lo que la doctrina y jurisprudencia han planteado como atenuaciones a la teoría del fruto envenenado, por la que sin restricción se establece la ineficacia de los elementos probatorios logrados y que han sido descubiertos, gracias a los resultados de pruebas declaradas ilícitas, sin embargo tal doctrina se ha ido atenuando a través de límites que se ha impuesto para determinar qué prueba debe excluirse y qué prueba puede el Tribunal ponderar.

El Ministerio Público ha planteado y señalado que de conformidad a estas reglas de atenuación, la prueba del Ministerio Público debe ser considerada atendida que debe tenerse una prueba independiente y que por las reglas de la buena fe del agente y del descubrimiento o hallazgo inevitable se deben admitir.

En la regla de excepción denominada “Buena fe del agente”, el agente policial que ha obtenido la prueba supone que se ha comportado de una manera legítima y por ello cree contar con la habilitación jurídica necesaria para afectar los derechos, sin embargo, su actuación carece de tal habilitación y se funda esta excepción atendida que parece excesivo rechazar la prueba, por lo que su procedencia depende de la gravedad con que la actuación ha vulnerado los derechos fundamentales, por lo que se debe examinar la naturaleza de la vulneración en los requisitos necesarios para validar la actuación.

Así también en el “descubrimiento inevitable” el supuesto de esta excepción se basa en que sobre ciertos hechos no existen más pruebas que las ilícitamente obtenidas y se debe determinar si en el curso de la investigación se habría conducido de modo inevitable a las evidencias válidas sobre los mismos hechos y en este caso puede excluir la prueba ilícita pero no los hechos acreditados. Respecto a esta teoría la doctrina chilena estima que no podría admitirse bajo el derecho chileno, atendida que se debe determinar la condena de una persona por medio de pruebas de las que en este caso se carecería, atendida que al excluir la prueba no hay ninguna prueba válida que permita al Tribunal tener presente para la formación de su convencimiento, estimación que comparte esta Juez, toda vez, que no es posible eliminando los antecedentes condenar por los hechos que de éstos se deriven.

Por tanto, lo que resta es determinar si por las reglas de la buena fe del agente, es posible establecer que estas pruebas obtenidas a raíz de esta entrada y registro sin autorización se pueden considerar y valorar en una sentencia.

A juicio de este Tribunal las pruebas obtenidas no puede señalarse que están amparadas bajo la buena fe del agente, considerando que en la propia orden se señala que “**La presente orden se extiende por el plazo de diez días a contar de esta fecha**”, señalando en la parte inferior de la orden la

fecha en que fue emitida, esto es, "San Antonio, 5 de noviembre de 2004", por tanto, la propia orden elimina la buena fe, atendido que ella misma se basta para entender que sólo se tenía 10 días a contar del día 5 de noviembre de 2004 para hacerla efectiva, además cómo se puede pensar que el agente policial que está habilitado jurídicamente si la orden es clara en cuanto determinar su vigencia, además que lo que sostiene este Tribunal es que la vulneración de la ley se ha traducido en la vulneración de la garantía constitucional por lo que ha sido de tal gravedad que se estima que toda la prueba derivada de la entrada y registro, esto es, las declaraciones de los funcionarios aprehensores y incautaciones realizadas tanto de las especies como coladores, cuadernos, como las que portaba el imputado en su persona al momento en que se le registró al interior del domicilio y en el que se le encontró la suma de 16 papelillos deben desestimarse como prueba válida por estar viciada por derivar directa e inmediatamente de una actuación inconstitucional.

Por tanto de conformidad al artículo 297 del Código Procesal Penal al Tribunal con los antecedentes que le restan al Ministerio Público esto es una orden de investigar anterior y careciendo el tribunal de una prueba que permita determinar la existencia del delito e incriminar más allá de toda duda razonable al acusado en la calidad que le atribuye el Ministerio Público, procede acoger la petición de absolución hecha por la defensa en sus alegatos argumentando que la prueba que le restaba al Ministerio Público descartando la ilícitamente obtenida era insuficiente para formar el convencimiento

del Tribunal acerca de la participación del hecho y de la autoría del acusado en el hecho por el cual se le acusó, atendido que si bien el acusado ha aceptado los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación, este tribunal tiene presente que no se puede condenar a una persona por el solo mérito de su propia declaración.

SÉPTIMO: Que nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

Por todo lo anterior y vistos además lo dispuesto en los artículos 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, artículo 4° de la ley N° 20.000; artículos 1°, 3°, 7° y 18 del Código Penal; artículos 48, 205, 208, 297, 406 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara que:

Se absuelve a José Emilio Soto González, cédula de identidad N° 13.769.348-8, ya individualizado, de la acusación de ser autor del delito de Microtráfico deducida el 24 de febrero de 2005, por el Ministerio Público, condenándose a este último al pago de las costas de la causa.

R.U.C. N° 0400318488-4

R.I.T. N° 2274-2004

Dictada por Doña Verónica Elena Vázquez Henríquez, Juez de Garantía de San Antonio.

• Comentario:

El fallo que comentamos plantea dos problemas doctrinales: uno, si resulta aplicable al procedimiento abreviado la exclusión de pruebas prevista en el art. 276, y el otro, cuál es el alcance de la aceptación de los hechos y antecedentes de la investigación en el marco de dicho procedimiento.

Con respecto a lo primero, la respuesta ha de ser negativa, puesto que la exclusión de pruebas está regulada única y exclusivamente en relación con el juicio oral, y la oportunidad procesal para hacer valer tal posibilidad es la audiencia de preparación del juicio oral, de manera que ella no es procedente en el procedimiento abreviado.

Para resolver el segundo tema es preciso analizar previamente el fundamento o razón de ser del procedimiento abreviado: según la doctrina tanto nacional como extranjera, esta clase de procedimiento se establece con la finalidad de obviar la rendición de prueba en aquellos casos en que ella resulta superflua, porque los hechos son suficientemente claros. Así lo señala con toda claridad Cafferata Nores, quien afirma que "el juicio abreviado corresponde para casos que no revistan complejidad de prueba y que su evidencia obvie la recepción de toda otra prueba por innecesaria, en los que el material probatorio legalmente colecta-

do en la investigación penal preparatoria, puede dar base a la sentencia, prescindiendo de una reiteración que los mismos sujetos esenciales del proceso reputan estéril. No se trata de un acuerdo entre partes sin sustento probatorio, sino de casos en que todo ha sido perfectamente aclarado en la etapa instructoria” (en Cuestiones actuales sobre el proceso penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, capítulo “Juicio penal abreviado”, págs. 82-83).

Desde otro punto de vista se ha subrayado también el carácter de “justicia consensuada” que implica el procedimiento abreviado y su parentesco con la figura del *plea bargaining* del Derecho angloamericano, en el sentido de que, con el objeto de obtener una confesión, cuando no se confía en el poder de convicción de las pruebas acumuladas durante la investigación, el ministerio público prefiere pedir una pena más baja a la que en estricto rigor correspondería, a cambio de la certeza de la condena; en tanto que, para el imputado, dicho procedimiento presenta la ventaja de un tratamiento penal más benigno. El mismo autor citado más arriba ha llegado a afirmar que la confesión o aceptación de los hechos viene a corroborar la prueba obtenida durante la instrucción.

Así parece desprenderse, por lo demás, de la fórmula empleada por el legislador chileno, ya que la aceptación no sólo está referida a los hechos contenidos en la acusación, sino también a los antecedentes en que ella se funda, los cuales no pueden ser entendidos sino como las pruebas reunidas durante la investigación, que avalan los cargos que se formulan al acusado. De ahí que, en nuestra opinión, la aceptación de los hechos de la acusación por parte del imputado tiene una naturaleza equiparable a una convención probatoria, con la lógica consecuencia de que tales hechos no requieren ser probados, puesto que no son discutidos por las partes.

En cambio, el acuerdo no alcanza a la calificación jurídica, siendo perfectamente posible que el juez dé a los hechos una calificación jurídica diferente a la efectuada por la fiscalía, lo cual, sin embargo, no podrá repercutir en la pena aplicable, que ya ha quedado indeleblemente fijada en la acusación, en conformidad al acuerdo alcanzado.

De lo dicho se desprende que, si bien el procedimiento abreviado puede terminar por una sentencia absolutoria, esa decisión sólo puede fundarse en consideraciones jurídicas, tales como la atipicidad de la conducta que se atribuye al acusado, la prescripción del delito o la existencia de alguna causa de exención de responsabilidad (causa de justificación, de exculpación, excusa absolutoria, etc.), pero no en la inexistencia del hecho o en la falta de participación del imputado.

En este contexto es preciso dejar en claro que la aceptación de los hechos y de los antecedentes no encierra en modo alguno una declaración del imputado acerca de su propia culpabilidad (como majaderamente se ha repetido últimamente por los medios de comunicación), por cuanto tal concepto es netamente jurídico y de una alta complejidad (supone saber qué es la imputabilidad, el dolo, la culpa, el error de tipo, de prohibición, la inexigibilidad de otra conducta, etc., etc., etc.), por lo que mal podría un lego en Derecho Penal pronunciarse sobre él, y lo mismo vale, *mutatis mutandi*, con respecto a la responsabilidad penal, entendida en sentido técnico.

COMENTARIO DE FALLO DE NULIDAD DICTADO POR LA CORTE SUPREMA EL 10.08.2005.

SILVIA PEÑA WASAFF

*Abogada Asesora
Ministerio Público*

• **Sentencia:**

Santiago, diez de agosto de dos mil cinco.

VISTOS:

Se ha seguido esta causa RUC N° 0400183191-2, RIT 18-2005, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, para investigar los delitos de tráfico ilícito de drogas y tenencia y porte ilegal de armas de fuego, y la responsabilidad que les ha cabido a los imputados Ricardo Antonio Guerrero Barrera y Raúl Eduardo Jorquera Sánchez.

Por sentencia de dieciocho de mayo del presente año, escrita de fs. 1(96) a 33 (128), se condena al imputado Ricardo Antonio Guerrero Barrera a sufrir la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, más multa de treinta unidades tributarias mensuales, como autor del delito de tráfico de estupefacientes previsto en el artículo 5° de la Ley N° 19.366, perpetrado el día 20 de mayo de 2004 en las inmediaciones del peaje de Angostura y en el domicilio ubicado en el kilómetro 1,600 del camino a Romeral, y a sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias respectivas, como autor del delito de tenencia ilegal de arma de fuego, previsto en el artículo 9° de la Ley N° 17.798. A su vez, al imputado Raúl Eduardo Jorquera Sánchez lo condena a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias, y multa de treinta unidades tributarias mensuales, como autor del delito de tráfico de estupefacientes previsto en el artículo 5° de la Ley 19.366, cometido el mismo día y en el mismo lugar señalado antes por el mismo delito.

A fs. 34 la defensa de Jorquera Sánchez deduce recurso de nulidad que funda en las letras a) y b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, y a fs. 116 hace lo mismo el acusado Ricardo Antonio Guerrero Barrera fundado en la letra e) del artículo 374 del mismo cuerpo legal. Para conocer de ellos se fija a fs. 144 la audiencia del día 21 de julio últi-

mo, la que se celebra en la fecha señalada con la concurrencia de las partes y en la forma que da cuenta el acta de fs. 146, señalándose el día miércoles 10 de agosto a las 12:00 para la lectura de la sentencia del recurso.

CONSIDERANDO:

EN CUANTO AL RECURSO DE NULIDAD DEL IMPUTADO RAÚL EDUARDO JORQUERA SÁNCHEZ

PRIMERO: Que la defensa del acusado Raúl Eduardo Jorquera Sánchez funda su recurso de nulidad en los motivos y causales que se pasan a expresar y analizar en las consideraciones siguientes:

Causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, esto es porque en la tramitación del juicio y en el pronunciamiento de la sentencia se han infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, en razón de dos motivos de infracciones que se analizarán separadamente.

El primero, porque en el curso de la audiencia del juicio oral, y durante la presentación de las pruebas, los jueces permitieron que se realizara el accionar autorizado en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal (sic) por parte del Ministerio Público, con la finalidad de apoyar la memoria del recurrente (como asimismo del imputado Guerrero), cuando declararon como imputados, infringiendo tanto la norma citada como lo que dispone el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de la República ya que en el hecho se quebrantó el debido proceso puesto que el Ministerio Público, para ese efecto, enfrentó a los imputados con lo que habían declarado anteriormente ante el señor Juez de Letras de Osorno, sin que éste pueda ser asimilado, ni siquiera por analogía, a la asistencia a

ella de un Fiscal del Ministerio Público o de un Juez de Garantía, como lo exige la norma procesal precitada. Agrega que ello influyó sustancialmente en la decisión del tribunal por cuanto en el considerando noveno expresamente señaló: “es por tales fundamentos que se estima más concordante con la forma verosímil como se sucedieron los acontecimientos el día 20 de mayo de 2004, los testimonios rendidos por ambos acusados ante el juez del Crimen de Osorno, los que en su parte pertinente fueron incorporados en la audiencia mediante la técnica de la lectura para apoyo de memoria...” y más adelante señala en el mismo numeral “...es por tales fundamentos que el Tribunal no atenderá la solicitud de la defensa en orden a absolver al acusado Raúl Jorquera Sánchez ...”. De esta manera el Ministerio Público logró introducir en el juicio prueba ilícita ya que no la había anunciado en el libelo acusatorio y, por ende, no incluida dentro del auto de apertura del juicio oral utilizando la lectura de las declaraciones presentadas “supuestamente ante un Juez de Letras...”.

SEGUNDO: Que, en cuanto a lo anterior, se han de tener en consideración los siguientes razonamientos:

a.- En primer lugar, el recurso de nulidad es de suyo personalísimo, de suerte que su interposición debe estar referida única y exclusivamente en motivos e infracciones que atañen al interviniente que recurre en razón del agravio que le afecta directamente, razón por la cual el deducido por Raúl Eduardo Jorquera Sánchez deberá ser analizado en cuanto se refiere directamente a su persona y no con relación a su coimputado Ricardo Antonio Guerrero Barrera, máxime cuando éste no ha reclamado de la sentencia por esta misma causal.

b.- Ahora bien, resulta muy claro que el motivo de nulidad planteado tiene como causa eficiente presuntas violaciones a normas que regulan el procedimiento penal, caso en el cual era obligación del recurrente preparar el recurso, como se lo exige la norma expresa del artículo 377 del Código de Procedimiento Penal, reclamando oportunamente del vicio o defecto de que se trate, esto es, dentro de la audiencia y tan pronto producida la o las presuntas trasgresiones. Sin embargo, ello no se ha hecho constar en el recurso ni se desprende de la sentencia, evidenciándose que se encuentra omitida esta exigencia legal.

c.- Por otra parte, son hechos que se desprenden de la sentencia -por lo demás reconocidos expresamente por el recurso-, que la investigación policial del presente caso comprendió una sucesión y multiplicidad de acciones que se desarrollaron desde la zona central hacia el sur de Chile, fundamentalmente entre las zonas de Osorno y Puerto Montt, involucrando oficialmente un Juzgado de Letras de la primera ciudad cuando aún en ella no funcionaba el nuevo sistema procesal penal, y, finalmente, tribunales de Curicó en donde regía la reforma. Pues bien, resulta de la sentencia porque así se hizo constar en el considerando cuarto, que cuando ejercía el recurrente la opción de declarar que le permite el artículo 326 del Código de Procedimiento Penal fue confrontado con una declaración suya prestada ante el Juez de Osorno el 22 de mayo de 2004 que le leyó el Fiscal por no saber leer, y es este hecho el que merece la objeción del recurso.

Cierto es que el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal permite la lectura de declaraciones anteriores prestadas por el acusado ante el fiscal o el juez de garantía cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado para demostrar o superar contradicciones o para solicitar aclaraciones pertinentes, evidenciando que la intervención del fiscal o juez de garantía dan las seguridades de ser ellas fidedignas y obtenidas cumpliendo todas las exigencias legales. A este respecto es orientadora la decisión adoptada por la respectiva Comisión del Senado en la discusión del Nuevo Proceso Penal (2º informe) en el sentido de excluir a la policía aun con respecto a las declaraciones prestadas ante ellos delante del fiscal o defensor por la presión psicológica que ejercen sobre los imputados y el riesgo que se fomentara la confesión como prueba y los consiguientes apremios ilegítimos. En una situación simplemente temporal, en que coexisten en razón de territorios jurisdiccionales diferentes dos sistemas procesales a cargo respectivamente de jueces y fiscales igualmente legítima y legalmente designados, en que los primeros ejercen similares funciones jurisdiccionales, no se divisa razón para desconocerles igual idoneidad garantística y absoluta seguridad de que lo actuado ante ellos corresponde a una realidad procesal efectiva otorgando ambos el carácter de instrumento público a las actuaciones oficiales que suscriben, de modo que quedan en situación de perfecta igualdad; no entenderlo de este modo sería extender las

razones parlamentarias de exclusión de los policías a los jueces del sistema antiguo ante el nuevo, situación menos comprensible aún cuando perfectamente pueden operar como jueces de prevención.

En consecuencia, estos sentenciadores entienden que la actuación que ahora se reprocha en razón de una declaración indagatoria anterior prestada por un imputado ante un juez de letras con competencia penal con efecto ante el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal instalado en otra jurisdicción territorial, pero concerniente al mismo hecho por el cual se procesa finalmente a la misma persona en razón de radicación definitiva de la causa, produce el mismo efecto procesal de validez como si se tratara de actuación ante un juez de garantía para los efectos del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, de manera que no se ha infringido como se acusa en el recurso.

d) Que a mayor abundamiento, y si lo anterior no fuera suficiente para el rechazo de esta causal, es de tener en consideración particular que el vicio no se ha producido, de todos modos, de la manera denunciada. En efecto, el reproche se plantea como que la declaración del imputado recurrente ha sido de tal naturaleza esencial que por ella ha resultado condenado; y ello no es así. Su presunta inocencia la fundó su defensa en falta de pruebas que lo vincularan al delito, pero para ello, al margen de lo que sostuvo en el juicio oral, o con anterioridad ante el juez del crimen de Osorno, el considerando noveno invocado por él dista mucho de estar concebido del modo como lo presenta en el recurso; en él se manifiesta con absoluta nitidez que las versiones del imputado ocupan un lugar muy secundario pues para responsabilizarlo se tuvieron en consideración los antecedentes que los jueces mencionaron en "la motivación que antecede, que se tiene por reproducida", esto es las declaraciones no objetadas que respecto a los hechos y participaciones prestaron en el juicio oral los funcionarios de la Policía de Investigaciones Mario Paredes Lemus, Fernando Navarro Carvajal, Cristián Cancino Huerta y Osvaldo Espinoza Tapia, amén de los dichos de la testigo Jeannette Fuentes Hernández que refiere y pondera en el mismo considerando noveno.

Consiguientemente, aún en la hipótesis del recurso, resulta ser absolutamente inaceptable esta alegación pues queda en evidencia que el presunto vicio a la norma constitucional que garantiza un de-

bido proceso y que se invoca, en el mejor de los casos no alcanzaría a llegar al estatus de infracción *substancial*, esto es *esencial*, como lo exige la letra a) del artículo 373 del Código de Procedimiento Penal.

TERCERO: Que, en segundo lugar, y sustentado en la misma causal de la letra a) del artículo 373, el recurrente acusa que la sentencia no aplica a los imputados, y particularmente al recurrente, la norma del artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, esto es el principio constitucional de aplicabilidad de la ley posterior más favorable, al negarse los jueces a calificar y sancionar en la forma que dispone el artículo 4 de la Ley N° 20.000. Para este respecto, separa en dos las acciones punibles ejecutadas por su coimputado: el intercambio de 147 gramos de cocaína con grado de pureza del 34%, 500 metros al norte del peaje de Angostura, y la segunda, que afecta sólo a su compañero por cuanto a él se le encontró en su domicilio sustancias prohibidas. De este modo se desatendió la petición de la defensa, lo que habría permitido recibir una sanción menor y cumplirla haciendo uso de algunos de los beneficios de la Ley 18.216.

Pero enseguida, y subsidiariamente a la causal anterior, apoyándose ahora en la causal b) del artículo 373 y en el fundamento décimo de la sentencia, reprocha nuevamente a los sentenciadores el hecho que no aplicaron el artículo 4° de la Ley N° 20.000, y no calificaron la acción como constitutiva de delito de microtráfico no obstante la cantidad y pureza de la droga que fue objeto del intercambio en el peaje de Angostura, al margen de la incautada a su compañero de causa. Reconoce que sobre la materia han existido sentencias contradictorias, algunas de las cuales acompaña, y pretende que sea este tribunal quien resuelva de este modo después de anulada la sentencia, aplicándole, en definitiva, pena de presidio menor en su grado medio y alguno de los beneficios de la ley 18.216.

CUARTO: Que por tratarse de aspectos similares y subsidiarios según expresa la presentación del recurso, amén de obvias razones de economía procesal, se opta por tratarlas conjuntamente.

La sentencia, en su considerando sexto, tuvo por acreditado como hecho de la causa: "que en virtud de averiguaciones efectuadas en conjunto por las Policías de Investigaciones de las ciudades de Osorno, Puerto Montt y Talca, se logró establecer

que el día 20 de mayo de 2004, el acusado Guerrero Barrera se reunió con el acusado Jorquera Sánchez en las inmediaciones del peaje Angostura, oportunidad en que este último le hizo entrega de un bulto que contenía en su interior 147,6 gramos de clorhidrato de cocaína con una pureza de 34% recibiendo por dicha entrega de parte de Guerrero Barrera la suma de \$600.000 en dinero efectivo, siendo detenidos por funcionarios de la Policía de Investigaciones apostados en el lugar y encontrándose en poder de Guerrero Barrera y de Jorquera Sánchez la droga y el dinero indicados, respectivamente. Acto seguido, alrededor del medio día de la fecha señalada, funcionarios de la Policía de Investigaciones de Talca, procedió a registrar el domicilio del acusado Ricardo Guerrero Barrera, ubicado en el kilómetro 1,600 del camino a Romeral, hallando en el lugar, una bolsa de color negro que contenía 900 gramos brutos de cannabis sativa, dos bolsas de plástico las que contenían en total 86,5 gramos bruto de clorhidrato de cocaína con una pureza de 17%, dos rollos de bolsas plásticas transparentes tipo helado, un revólver marca "Astra", calibre 22 milímetros y numerosos electrodomésticos, además de dos balanzas digitales."

Pues bien, la defensa a través de este recurso pretende la nulidad del juicio y la sentencia, o sólo ésta subsidiariamente, pues discrepa de la calificación jurídica que en definitiva los jueces hicieron del hecho anterior. Es efectivo que con posterioridad a la comisión del delito de tráfico de estupefacientes objeto de la sentencia, y con anterioridad a ésta, se publicó la ley N° 20.000 la que en su artículo 4° sanciona como figura de microtráfico, con pena menor, lo que con anterioridad la ley N° 19.366 calificaba como tráfico con pena mayor, pero, y como lo ha declarado con anterioridad este mismo tribunal, tomándose como base la historia fidedigna de esta nueva ley, son los jueces los que deben calificar según su criterio cuándo se está en presencia de tráfico o microtráfico tomando en consideración los aspectos de hecho y circunstancias de cada acción punible que conciernan a aspectos tales como cantidad, calidad o tipo de droga, etc. Es lo que los jueces de la causa hicieron en el considerando décimo al hacerse cargo de este mismo planteamiento. En él explican no estar de acuerdo con la aplicabilidad al caso de la figura del señalado artículo 4° de la Ley 20.000, tanto por la particularidad del bien jurídico protegido, la extensión potencial del peligro

que conlleva el efecto nocivo de las sustancias prohibidas, como, además, concretamente: "dada la cantidad de droga incautada en los hechos imputables a los acusados, esto es, 147,6 gramos neto, con 34% de pureza de clorhidrato de cocaína; y de 81 gramos neto, con 17% de pureza de clorhidrato de cocaína, más 900 gramos de cannabis sativa, respecto del acusado Guerrero Barrera; a la forma empleada por los acusados para transportar la droga, verificar la entrega y pago de la misma; y la cantidad de dinero involucrada en la transacción, a saber \$600.000..."

Como es de advertir, los sentenciadores claramente distinguen y separan la droga recuperada y responsabilizan al recurrente no por su totalidad, como lo afirma en su libelo, sino respecto a los 147,6 gramos neto al 34% de pureza, más por la forma empleada para el transporte, entrega y pago de la misma y a la suma de dinero vinculada a esta específica transacción; sólo en razón de ello concluyen que no se está en presencia de un microtráfico y deciden calificar y sancionar por delito de tráfico; es decir, los jueces para proceder como lo han hecho hicieron legítimo uso de una facultad legal de cuya decisión final esta Corte no puede discrepar pues, además, son coincidentes con ella.

Lo dicho obliga a concluir que deben ser rechazados los motivos de nulidad invocados en la forma en que han sido planteados.

QUINTO: Que, finalmente, conjuntamente con las dos anteriores alega el motivo absoluto de nulidad de incompetencia del tribunal contemplada en la letra a) del artículo 374 del Código de Procedimiento Penal. Afirma que en razón de la investigación de una supuesta red de tráfico de drogas que se realizaba entre las ciudades de Osorno a Puerto Montt, la materia fue conocida por un tribunal de la primera ciudad, debiendo ser éste el tribunal competente, y no los de Curicó, pues en esta jurisdicción se incautó droga en el domicilio de Guerrero Barrera, lo que es una situación distinta por la cual se le mantiene privado de libertad. Sobre ello dedujo en su oportunidad procesal la excepción de previo y especial pronunciamiento de incompetencia del tribunal y ante su negativa apeló a la Corte de Apelaciones de Talca que lo desechó por aspectos formales. Estimando infringido el artículo 157 del Código Orgánico de Tribunales pide que en definitiva se anule lo obrado desde la apertura del juicio oral

y sea remitido al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua para que realice un nuevo juicio oral.

SEXO: Que, como se deduce del planteamiento anterior, el recurso no es en nada claro respecto a si alega la incompetencia del tribunal en relación al Juzgado de Garantía o del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Como respecto al primero sostiene que reclamó por la vía de una excepción de previo y especial pronunciamiento que fue resuelta en contra de sus pretensiones por resolución ejecutoriada, no queda más que presumir que se refiere a la incompetencia del tribunal del juicio oral. Pues bien, siendo además claro que la materia descansa en la competencia relativa del tribunal alegada post sentencia definitiva y después de haber quedado a firme la competencia del tribunal de garantía de Curicó, cobra particular vigencia la norma perentoria del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal que dispone la preclusión de cualquier conflicto de competencia cuando declara que “transcurridos tres días desde la notificación de la resolución que fijare fecha para la realización de la audiencia del juicio oral en lo penal, la incompetencia territorial del tribunal oral en lo penal no podrá ser declarada de oficio ni promovida por las partes”, lo cual cierra este capítulo de objeción y decide su rechazo.

RECURSO DE RICARDO ANTONIO GUERRERO BARRERA

SÉPTIMO: Que, a su turno, la defensa del acusado Ricardo Antonio Guerrero Barrera, deduce a fs. 116 recurso de nulidad que funda en el motivo absoluto del artículo 374 letra e), en relación a la letra c) del artículo 342 del Código de Procedimiento Penal. Al efecto, reproduce el contenido del considerando sexto letra b) de la sentencia en cuanto da por acreditado que “el día 20 de mayo de 2004, al realizar la Policía de Investigaciones de Talca una entrada y registro del inmueble del acusado Ricardo Guerrero Barrera, previa autorización del juez de Garantía competente, motivada por los hechos descritos anteriormente, se encontró en dicho domicilio, entre otras especies, un revólver marca “Astra”, calibre 22 milímetros, serie R 357754, sin contar con las autorizaciones legales para ello”, pero luego, en forma absolutamente contradictoria, el fallo sostiene que ello se establece con los dichos de los policías Cristián Cancino Huerta y Osvaldo Espinoza Tapia, los cuales declararon en el juicio haber intervenido personal y directamente en el ingreso y regis-

tro del domicilio del encausado desde donde incautaron el revólver indicado, pero al contrainterrogatorio el perito Miguel Miño Pacheco que la perició, después de señalar que era apto para realizar disparo de proyectil calibre 22, finalmente explicó “que para cargarla la puso en un tornillo de banco, porque manualmente no se puede hacer, es operativa al efectuar aseo que corresponde, pero manualmente una persona no puede utilizarla”, de donde se pregunta: “Si supuestamente el arma es operativa, ¿cómo no puede ser utilizada por una persona? Agrega que de este modo los jueces infringieron el artículo 297 del Código de Procedimiento Penal en cuanto les exige que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, y no alcanza a explicar la contradicción evidente del perito, como debía hacerlo conforme lo dispone la norma del artículo 342 letra c), de suerte que solicita que la sentencia sea anulada.

OCTAVO: Que, se aprecia con absoluta claridad, el recurso marca su centro de interés en la presunta contradicción pericial respecto al estado de uso del arma que le fuera incautada al recurrente y por cuya tenencia se le condenó conforme al delito contemplado en el artículo 9° de la Ley 17.798, de suerte que es primordial analizar si esta circunstancia es realmente influyente en la figura penal de que se trata. El artículo 9° de la Ley invocada sobre Control de Armas sanciona la tenencia sin previa inscripción de los elementos que señalan las letras b), c), d), y e) del artículo 2°, es decir, entre otras, de las que la letra b) refiere como “armas de fuego, sea cual fuere su calibre, y sus partes y piezas”. La ley no define lo que entiende por “armas de fuego” de modo que para su concepto debe estarse a lo que la Real Academia de la Lengua entiende por ello y al respecto declara que son aquellas “en que el disparo se verifica con auxilio de la pólvora”. Luego, ni el léxico de la lengua española, ni la ley exige que un arma de esta naturaleza para ser tenida como tal deba estar plenamente operativa; es posible que no pueda ella cargarse manualmente al momento de su examen (lo que sí era posible al utilizar medios mecánicos, como lo recuerda expresamente el recurso al referirse a los dichos del perito que objeto), y no modifica ello la calidad de arma de fuego que tiene el revólver incautado sin inscripción de dominio, en razón que corresponde a un revólver marca “Astra”, apto para realizar disparo de proyec-

til calibre 22 milímetros. Resulta, por tanto, suficiente que el instrumento en cuestión haya sido concebido y fabricado para provocar el disparo de un proyectil mediante auxilio de pólvora para ser tenida como arma de fuego y es precisamente lo que han aceptado los jueces sentenciadores sin que este tópico haya sido objeto de cuestionamiento por parte del recurrente. Éste, en otra parte, hace un símil con las armas antiguas cotizadas por los coleccionistas y de las cuales llega a afirmar que en la mayoría de los casos no se pueden utilizar; sin embargo, aun reconociendo como cierto que ello ocurre por regla general -máxime aun cuando generalmente es imposible la obtención de las municiones apropiadas, la ley les da el mismo trato de armas de fuego, y conjuntamente con las armas de caza las somete a iguales exigencias de inscripción, permisos y autorizaciones generales (artículo 7° de la Ley citada).

Consiguientemente, el defecto que anota el recurso, aun en el caso de ser efectivo, en forma alguna constituye elemento del tipo penal por el cual ha sido responsabilizado el recurrente, de modo que no influiría en modo alguno en lo resuelto por los jueces, ni podría alcanzar el grado de defecto esencial que considera el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal, por lo cual, por estas solas circunstancias, no acarrea la nulidad procesal que se pretende, y

Vistos, además, lo dispuesto en los artículos 372, 375, 377, 384 del Código de Procedimiento Penal, SE RECHAZAN los recursos de nulidad deducidos de fs. 34 a 49, y de fs. 116 a 121, respectivamente, en contra de la sentencia definitiva de dieciocho de mayo del presente año dos mil cinco, escrita de fs. 1 (96) a 33 (128), en todas sus partes, por consiguiente dicha sentencia y juicio oral no son nulos.

Regístrese y devuélvase, conjuntamente con los registros respectivos.

• Comentario:

Este fallo presenta el doble interés de plantear importantes y novedosas cuestiones tanto sustantivas como procesales en relación con un delito de tráfico de estupefacientes, y de recoger plenamente los argumentos esgrimidos por el Ministerio Público al pedir el rechazo del recurso de nulidad intentado por la defensa.

Tales problemas son los siguientes:

1) Invocando una supuesta infracción a la garantía del debido proceso, la defensa pretende fundarla en el hecho de que la sentencia recurrida (que condenó a los imputados por el delito de tráfico de estupefa-

Redacción del Ministro Nivaldo Segura Peña.

Rol N° 2592-05.

PRONUNCIADO POR LA SEGUNDA SALA INTEGRADA POR LOS MINISTROS SRES. ALBERTO CHAIGNEAU DEL C., ENRIQUE CURY U., NIBALDO SEGURA P., JAIME RODRÍGUEZ E., Y EL ABOGADO INTEGRANTE SR. MANUEL DANIEL A. NO FIRMA EL ABOGADO INTEGRANTE SR. DANIEL, NO OBSTANTE HABER ESTADO EN LA VISTA DE LA CAUSA Y ACUERDO DEL FALLO, POR ESTAR AUSENTE.

Santiago, diez de agosto de dos mil cinco.

VISTOS:

Por haberse incurrido en un error de transcripción, de oficio, se rectifica la sentencia de diez de agosto del año en curso, que se lee a fojas 147, en el sentido de que se sustituye la expresión "Código de Procedimiento Penal" por "Código Procesal Penal", utilizados en el considerando segundo letra b), c) acápite segundo y tercero, y d) parte final; y en los motivos quinto, sexto, séptimo (dos veces) y parte resolutive.

Téngase a esta resolución como parte integrante de la sentencia rectificadora y regístresela conjuntamente.

Rol N° 2592-05.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., y el abogado integrante Sr. Manuel Daniel A. No firma el abogado integrante Sr. Daniel, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

cientes, en virtud del art. 5° de la Ley 19.366), otorgó valor probatorio a la lectura de declaraciones prestadas ante un juez del crimen, *en conformidad al art. 332 del CPP*, aduciendo que dicha norma sólo contempla las declaraciones prestadas ante el *fiscal o el juez de garantía*, lo cual implicaría una aplicación analógica de la norma en cuestión.

El Ministerio Público sostuvo que, lejos de tratarse de una aplicación analógica, los juzgadores habían efectuado una interpretación *sistemática* de la normativa aplicable, que incluye la entrada en vigencia *gradual* de la reforma procesal, lo cual implica la posibilidad de que coexistan durante algún tiempo los sistemas nuevo y antiguo. De ahí que no haya ningún impedimento para que lo actuado ante un juez del crimen pueda invocarse luego ante un tribunal de juicio oral que deba conocer del mismo asunto, para los efectos del art. 332 del CPP.

El fallo que comentamos confirma plenamente la tesis del Ministerio Público, según se desprende del siguiente fragmento: “Cierto es que el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal permite la lectura de declaraciones anteriores prestadas por el acusado ante el fiscal o el juez de garantía cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado para demostrar o superar contradicciones o para solicitar aclaraciones pertinentes, evidenciando que la intervención del fiscal o juez de garantía dan las seguridades de ser ellas fidedignas y obtenidas cumpliendo todas las exigencias legales. [...] En una situación simplemente temporal, en que coexisten en razón de territorios jurisdiccionales diferentes dos sistemas procesales a cargo respectivamente de jueces y fiscales igualmente legítima y legalmente designados, en que los primeros ejercen similares funciones jurisdiccionales, no se divisa razón para desconocerles igual idoneidad garantística y absoluta seguridad de que lo actuado ante ellos corresponde a una realidad procesal efectiva, otorgando ambos el carácter de instrumento público a las actuaciones oficiales que suscriben, de modo que quedan en situación de perfecta igualdad...” (considerando segundo, apartado c).

2) Bajo el ropaje de una *errónea aplicación del Derecho con influencia sustancial en la decisión adoptada*, el recurrente invoca también como causal de nulidad el hecho de que la sentencia no aplicara retroactivamente el tipo privilegiado del art. 4° de la Ley 20.000, promulgada con posterioridad a la comisión del delito. En esta forma, a juicio del recurrente, el tribunal no habría dado cumplimiento al art. 18 del Código Penal.

Pero para que pueda configurarse dicha causal, el hecho tendría que ser subsumible en la nueva figura de delito creada por la citada disposición. Al respecto ha de tenerse presente que la diferencia entre el delito del art. 5° de la antigua ley y el del art. 4° de la nueva, estriba en que el primero no atiende a la cantidad de droga objeto del delito, por lo que la conducta *es siempre típica, cualquiera que sea la cantidad de droga involucrada*; mientras que el último está referido sólo a *pequeñas cantidades* de droga. En consecuencia, ambos tipos penales se comportan entre sí como *dos círculos concéntricos*, de modo que las conductas previstas en la nueva disposición quedan incluidas dentro del tipo más amplio del antiguo art. 5°, pero no a la inversa.

La ley, sin embargo, no define lo que ha de entenderse por *pequeña cantidad*, dejando librada a la interpretación judicial la tarea de trazar la línea divisoria entre uno y otro delito. Los criterios elaborados por la jurisprudencia para resolver la cuestión apuntan a que, además del factor cuantitativo, debe atenderse a aspectos tales como: la calidad y pureza de la droga; el número de dosis individuales que puedan obtenerse de ella; la cantidad de dinero involucrada en la transacción; el *modus operandi* y el radio geográfico de las operaciones, así como los elementos materiales con que cuente el hechor para desarrollar su actividad ilícita (balanzas, envases para la dosificación, vehículos para el transporte, teléfonos celulares, armas, etc.). En lo que concierne al criterio cuantitativo propiamente tal, ha de considerarse también que mientras mayor sea el efecto estupefaciente de una especie particular de droga, menor será también la cantidad que pueda estimarse como *pequeña*, de manera que en el caso del clorhidrato de cocaína, esa cantidad será menor que en el caso de la pasta base, y la de esta última, menor, a su vez, que en el caso de la marihuana.

En el caso de la sentencia que comentamos, la cantidad transada fue cuatro veces superior al promedio estimado por la jurisprudencia hasta ese momento para el mismo tipo de droga (clorhidrato de cocaína),

con un grado de pureza superior al promedio, circunstancias que, unidas a la forma de transportar la droga y de efectuar la entrega y el pago, así como la cuantía del dinero involucrado en la transacción, llevaron a los jueces de la instancia a calificar el hecho como tráfico y no como microtráfico, criterio que la sentencia de nulidad ratifica plenamente (considerando cuarto).

3) Otra cuestión debatida en este fallo es el de la *incompetencia del tribunal como motivo absoluto de nulidad*.

Sobre este punto es preciso mencionar que la defensa del imputado hizo valer la incompetencia del tribunal, primero como excepción de previo y especial pronunciamiento ante el juez de garantía en la audiencia de apertura del juicio oral, la que fue rechazada. No contento con eso, y a pesar de tratarse de una resolución inapelable, apeló del rechazo ante la respectiva Corte de Apelaciones, que declaró inadmisibile el recurso por razones de forma. Finalmente, vuelve a invocar la causal, esta vez como motivo absoluto de nulidad del art. 374, letra a).

El rechazo de esta causal la Corte Suprema lo resuelve de manera muy expeditiva en los siguientes términos: "... cobra particular vigencia la norma perentoria del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal que dispone la preclusión de cualquier conflicto de competencia cuando declara que "transcurrido tres días desde la notificación de la resolución que fijare fecha para la realización de la audiencia del juicio oral en lo penal, la incompetencia territorial del tribunal oral en lo penal no podrá ser declarada de oficio ni promovida por las partes, lo cual cierra este capítulo de objeción y decide su rechazo" (considerando sexto).



III Artículos

TRIBUNAL COMPETENTE PARA LA REGULACION DE LAS COSTAS.

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Chile
Universidad de Valparaíso

Santiago, septiembre de 2005

Se ha planteado en el país una singular discusión en relación al tribunal que, en el nuevo procedimiento penal, ha de regular las costas que, como se sabe, se imponen -conforme a lo previsto en los artículos 47 y 48 del Código Procesal Penal- al perdedor, por aplicación del criterio chioviendiano del vencimiento y Ud. ha tenido la gentileza de consultar mi opinión, en Derecho, en relación a este debate.

Dos son las principales opciones escogidas por los que han opinado al efecto: a) ora se trata de una actividad encomendada, en exclusiva, al tribunal de juicio oral en lo penal, b) ora, en cambio, es una actividad que cada tribunal, tanto el Juzgado de Garantía como el Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal, asumen, en relación a las costas que por gestiones verificadas ante ellos, se hubieren devengado.

Sin, todavía, efectuar referencia alguna a las normas legales vigentes, parece extremadamente simple convenir en que la respuesta a la cuestión pasa por determinar los Tribunales que tuvieron a su cargo la verificación de los actos del correspondiente procedimiento respecto del cual se ordena pagar costas -lo que es al mismo tiempo una referencia a las etapas mismas que conformaron tal procedimiento- y así, es posible distinguir:

- a) Un procedimiento en el que sólo participó el Juzgado de Garantía;
- b) Un procedimiento en el que participaron ambos Tribunales, vale decir, Juzgado de Garantía y Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal.

Si del procedimiento conoció o, aún mejor, si en él, intervino exclusivamente, el Juzgado de Garantía, porque se celebró un acuerdo reparatorio en la audiencia de preparación del juicio oral que, aprobado por el tribunal, condujo a éste a dictar sobreseimiento definitivo, poniendo término al juicio, esto es, sin necesidad de juicio oral (art. 245 incisos 1 y 2) nadie pone en duda que será este tribunal -el del Juez de Garantías- el que tenga a su cargo la regulación de las costas.

En consecuencia, **el tema queda reducido a la hipótesis de haberse verificado un juicio oral**, desde que éste supone la necesaria intervención de ambos tribunales y, como se ha acotado, con acierto,⁽¹⁾ la cuestión debe dilucidarse, de cara a evitar el problema de la duplicidad de regulación y, por ende, el riesgo de un doble pago que, a la postre, importaría enriquecimiento sin causa.

Es hora de acudir al estatuto positivo vigente.

El artículo 45 del Código Procesal Penal, afirma que *“toda resolución que pusiere término a la causa o decidiere sobre un incidente deberá pronunciarse sobre el pago de las costas del procedimiento”*, lo que, una vez más, impone efectuar una obvia pero esclarecedora distinción: si en el procedimiento se suscitaron -o no- incidentes.⁽²⁾

1 M. Herrera en “Minuta explicativa. Informe CDE sobre regulación y tasación de costas en el nuevo proceso penal”.

2 No se incluye la posibilidad de haberse dictado resoluciones que pusieron término al juicio o hicieron imposible su continuación, porque si hubiere acontecido, la causa no habría llegado a juicio oral, lo que constituye la hipótesis precisa de trabajo...

Ciertamente, si antes de entrar a conocer del negocio el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, se promovió, substanció y resolvió un incidente, el juez de garantía ante quien el artículo se tramitó y que hubo de fallarlo, regulará las costas en las que hubiere condenado.

Si, en cambio, concebimos un procedimiento penal ordinario, por crimen de acción penal pública, en cuyo desarrollo conducente al inicio del juicio oral, **NO** se promovieron incidentes, la cuestión vuelve a resolverse pacíficamente: será en la única resolución por la que se ponga término al juicio -la sentencia definitiva- en la que se impondrán las costas correspondiendo al propio tribunal de la causa, con arreglo a lo prevenido en el inciso 1º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, regularlas.

De la norma procedimental reseñada resulta, en consecuencia, que, en los hechos, ella no se agota en la determinación de oportunidades o sedes procesales, esto es, sostengo que el citado artículo 45, no se limita a establecer que sólo en las resoluciones que fallan incidentes o en las que ponen término al juicio, corresponde regular las costas, sino, además e implícitamente, se asignan, en la norma, competencias variadas: lo anterior representa convenir en que es el tribunal que dicta la respectiva resolución el que resuelve, adicionalmente, sobre las costas de ese procedimiento.

En la adopción del criterio definitivo de decisión, debe tenerse en cuenta que la regla de remisión contenida en el artículo 52 del Código Procesal Penal, debe aplicarse, en este caso, muy limitadamente: en efecto, si bien es cierto que ella permite recurrir al Libro I del Código de Procedimiento Civil, no lo es menos que, en la especie, se comprenden realidades extremadamente diferentes que inducen a pensar que la normativa procedimental civil se opone a lo estatuido en el ámbito penal.

¿Cómo dejar de considerar que para llegar a la sentencia definitiva del juicio penal, es necesario **-sin excepción alguna-** que en las gestiones intervengan dos tribunales diferentes? Esta realidad condiciona, necesariamente, la solución del problema de costas penales en forma que no puede ser idéntica a la consagrada en el campo del proceso civil, por lo que no es errado afirmar que -a lo menos- la remisión del 52, si llega a resultar inevitable, debe ser parcial.

LA UNIDAD DEL PROCEDIMIENTO EN FUNCIÓN DEL JUICIO.

Corresponde tener presente, además, que como lo ha fallado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 2 de julio de 2004, en el caso "Herrera Ulloa con Costa Rica", "**el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.**"

A esta conclusión también se puede arribar, entre nosotros, mediante una interpretación de las disposiciones sobre nulidad procesal: en efecto, el artículo 165 inciso 2º del Código, dispone que "*la declaración de nulidad no podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores a pretexto de repetición del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, salvo en los casos en que ello correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de nulidad*", regla de la que se colige que, aunque por lo general no es posible retrotraer el estado del procedimiento a una etapa anterior, como llevar el juicio oral a la audiencia de preparación, tal resultado se podrá alcanzar con arreglo a los efectos del recurso de nulidad, lo que corrobora el artículo 277 inciso final, cuando sostiene que el auto de apertura del juicio oral no es impugnabile sino por el fiscal por las circunstancias que allí se anotan, todo lo cual es "**sin perjuicio**" de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare...".

Como la locución "*sin perjuicio*" importa "*dejando a salvo*", la norma legal representa el que la prohibición que ella consagra, deja a salvo, vale decir, excluye, la situación del recurso de nulidad, cuestión de toda lógica, porque si el vicio que autorizó la nulidad, se cometió en la audiencia de preparación del juicio oral, la única solución posible consiste en que la misma se vuelva a verificar, ahora, sin el defecto que condujo a la invalidez.

La expresión "**el tribunal de la causa**" empleada en el artículo 140 inc. 2º del Código de Procedimiento Civil, es sinónima de "**el tribunal del juicio penal**" o de la "**causa penal**" y éste no es otro, que el

tribunal del juicio oral. Constituye un error, en mi concepto, el afán que se observa, en un informe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado que he tenido a la vista, de aludir al “tribunal de la instancia” mencionado en el ya citado artículo 140, enfatizando la idea de que se trata de una referencia en singular y no en plural, por lo que se excluiría al juez de garantía: La razón para no considerar al juez de garantía no arranca de esa simple visión exegética que es, además, equivocada: El error consiste en olvidar que, técnicamente, el juez de garantía “no conoce de la causa”, esto es, **no constituye un juez de instancia**,⁽³⁾ como se comprueba comparando las diferentes competencias que la ley asigna a este juez y al tribunal de juicio oral en lo penal.

El artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales, dispone, en sus letras a) y b), que compete a los jueces de garantía “asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal...” y “dirigir personalmente las audiencias que procedan”, en cambio, el artículo 18 del mismo Código, indica, en su letra a), que corresponde a los tribunales de juicio oral en lo penal “**conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito**”⁽⁴⁾ de donde no puede caber duda alguna, en el sentido que el tribunal de la causa, esto es, el llamado a conocer del proceso por un crimen o simple delito, **es el tribunal de juicio oral en lo penal**, tribunal que, todavía, con arreglo a lo preceptuado en los artículos 341 a 348, es el llamado a dictar la sentencia definitiva penal.

Me parece además, idénticamente equivocado, el criterio conforme al cual “*puede la parte gananciosa pedir, en cuanto resulte procedente(?), la regulación ante el juez de garantía por su labor durante las etapas de instrucción e intermedia...*”⁽⁵⁾ tanto porque él prescinde, sin explicación alguna, del contenido del artículo 45, que asigna la regulación de las costas, a la resolución que pone término al juicio o decide un incidente, cuanto porque no consigue aclarar el sentido que tendría la regulación que, evidentemente, por toda la actividad, hará el tribunal de juicio oral en lo penal (“el tribunal de la causa” en los términos del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil), dictada que sea la sentencia definitiva.

Insistiendo en que no existe parangón entre el régimen civil y el del nuevo sistema procesal penal, no diviso otra situación de relativa semejanza con la que en este documento se analiza, que la que tiene lugar cuando, mediante la remisión de un exhorto, se delega competencia por un tribunal del fuero civil a otro. ¿Puede alguien dudar que en la regulación de las costas que hará el tribunal que tiene la competencia natural, se comprenderá la actividad realizada ante el juez exhortado?

¿No sería inaceptable la pretensión de un litigante, en el sentido que además de las costas reguladas tras la sentencia definitiva, se remitieran los antecedentes al juez del tribunal exhortado para que él regulara las costas por las actuaciones verificadas ante su tribunal, por ejemplo, en producción de prueba testimonial?

LA EXIMICIÓN EN EL PAGO DE LAS COSTAS, COMO ARGUMENTO DEFINITIVO.

Las diversas interpretaciones que se han efectuado de la cuestión en debate y, en especial, aquellas que pretenden otorgar competencia al juez de garantía para regular las costas, olvidan, completamente, la institución de la eximición de costas que, a estos efectos, es decisiva.

El H. Senado de la República desechó la idea del Proyecto, en orden a imponer, sin excepción, el criterio del vencimiento como marco de imposición de las costas. Así, en las Actas de sus deliberaciones, se

- 3 Entendemos por instancia, “cada uno de los grados jurisdiccionales que la ley establece para que un tribunal conozca de un proceso con plena competencia para pronunciarse sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho que en él se promuevan”.
- 4 La norma reproduce el artículo 1 del Código Orgánico de Tribunales que, en el ámbito legal, consagra la idea de la actividad jurisdiccional contenciosa como, a su turno, lo hará el artículo 73 de la Constitución Política. **El tribunal que “conoce”** (referencia a apreciación de prueba y, por ende, a determinación de hechos) y **“juzga”** (alusión al proceso intelectual de subsunción de hechos en la norma jurídica escogida como aplicable) **es, sin la menor duda, el tribunal de la instancia...**
- 5 Rodrigo Cerda S. cit. por M. Herrera en “Minuta explicativa. Informe CDE sobre regulación y tasación de costas en el nuevo proceso penal”.

lee que, tras reconocer que sobre el tema, existen dos opiniones, una de las cuales hace “*ver la necesidad de consagrar cierta flexibilidad en la materia, lo que se obtiene permitiendo que el tribunal que conoció el asunto, si median razones fundadas, pueda eximir total o parcialmente del pago de las costas*”, en definitiva -la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento- *se inclinó por este último predicamento exigiendo que se expongan determinadamente las razones que mueven al tribunal a decretar la exención...*”(6)

Pues bien, como la exención favorece al querellante cuando el imputado fuere absuelto y **la absolución es materia de la sentencia definitiva que pronuncia el tribunal del juicio oral en lo penal**(7), no puede haber dudas que quien exige es éste y, en consecuencia, carece de todo sentido afirmar que el juez de garantía, al que no le es permitido eximir del pago de costas sea, sin embargo, autorizado a regularlas...

Para consignarlo con claridad: sólo quien es llamado a imponer costas puede eximir del pago y, a la inversa, no se concibe la idea de que exima del pago de costas, el que no las ha podido imponer. En la misma línea de coherencia, **el que impone las costas, las regula** (art.140 inc.2º C. de P. Civil), a menos que, un régimen de absoluta excepcionalidad legal (v.gr: art. 113 inc. 2º Código Orgánico de Tribunales) conduzca a una situación diferente que, precisamente, por su rareza, sólo admite interpretación restrictiva.

Para corroborar la afirmación de que el tribunal de juicio oral es el llamado a regular las costas de todo el procedimiento, debe recurrirse a un principio de subsunción, con arreglo al cual las costas del juicio oral importan, incuestionablemente, las de toda actividad verificada para hacerlo posible(8) en razón del principio de unidad del procedimiento.

Por lo demás, en atención a que en el actual sistema, el defensor no pudo dejar de estar presente en la audiencia de control de la detención, ni en el debate sobre la prisión preventiva, ni menos en la audiencia de preparación del juicio oral, no es concebible que el tribunal que regula las costas, deje de considerar tales actividades, lo que podría representar un riesgo que, quienes opinan en sentido contrario al de estas reflexiones, quisieren evitar. Desde otro punto de vista, constituyendo la actividad reguladora una que tiene lugar DESPUÉS de notificada la sentencia que las impone y, por cierto, fuera ya del juicio oral mismo, no existe inconveniente legal alguno para que la parte que lo estime de utilidad, acompañe todos los antecedentes documentales que le parezcan necesarios a los efectos de acreditar aspectos relevantes para la regulación y, entre tales, podrán figurar escritos, actas de actuaciones y otros comprobantes que demuestren la actividad verificada ante el juez de garantía.

CONCLUSIONES

1) Si el procedimiento penal concluye después de formalizada la investigación(9), pero antes de la intervención del tribunal de juicio oral en lo penal y tal conclusión arranca de una resolución que le puso término

6 Cfr Boletín Nº 1630-07 Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. Pág. 100.

7 La norma también alude al caso del sobreseimiento definitivo, pero no lo incluyo porque discurro, para el análisis, sobre la hipótesis de un juicio oral fallado de manera regular. Si se trata de un sobreseimiento definitivo, pronunciado por el juez de garantía, no cabe tampoco duda alguna, en orden a que es él quien regula las costas, pero, como se anticipó, el estudio se refiere a la situación que tiene lugar cuando en el procedimiento han intervenido ambos tribunales.

8 Recuérdese, al efecto, que el principio de que las costas son de cargo del condenado descansa en la convicción de la Comisión senatorial, en el sentido de que al haber éste cometido el delito “generó la respuesta del Estado que debió poner en marcha la maquinaria policial y judicial en su contra...” (Cfr. Segundo informe cit. pág. 99), razón por la cual resulta evidente que en la regulación que se efectúa por el Tribunal de Juicio Oral en lo penal, se comprenderán todos los tópicos aludidos.

9 Como se puede fácilmente comprender, aludo a la formalización de la investigación, como un punto de inflexión, en razón de corresponder, normalmente, al momento de la judicialización, esto es, generarse la intervención del juez de garantía, constituyendo, en cambio, la situación prevista en el inciso 1º del art. 236 una situación excepcional.

- o hizo imposible su continuación, corresponde imponer y regular las costas, al respectivo juez de garantía que haya pronunciado dicha resolución;
- 2) Si después de formalizada la investigación, pero antes de asumir su competencia el tribunal de juicio oral en lo penal, el juez de garantía hubo de substanciar y fallar incidentes, él impondrá y regulará las costas correspondientes;
 - 3) Si la cuestión pasa a juicio oral, las costas las impondrá y regulará el tribunal que haya conocido y fallado este juicio;
 - 4) La parte a cuyo favor se decretare en la sentencia definitiva, el pago de las costas, podrá acreditar, en la posterior etapa de su regulación, el trabajo verificado en sede judicial anterior al juicio oral y los elementos que hayan de tomarse en consideración para la actividad reguladora.



IV Oficios e Instrucciones

OFICIO FN N° 523 /**ANT.: Of. FN N° 315 del 27.05.05 sobre Ley 20.014 que modificó Ley de Control de Armas.****MAT.: Imparte orientaciones generales respecto de la nueva ley 20.061 de 10.09.05 que modificó la ley 17.798.****SANTIAGO, septiembre 13 de 2005****DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO****A : SRS. FISCALES REGIONALES, FISCALES ADJUNTOS Y
ASESORES JURÍDICOS DE TODO EL PAÍS.**

Con fecha 10 de septiembre en curso, se publicó la ley 20.061 que modifica la ley N° 17.798 sobre control de armas y explosivos.

El propósito fundamental de esta ley modificatoria expresado en el Mensaje del Ejecutivo de 06.06.05, consistió en aclarar y solucionar definitivamente las dudas de interpretación suscitadas con la ley anterior 20.014 de 13.05.05 en cuanto a la competencia para conocer de los delitos de porte o tenencia de bombas y artefactos incendiarios que el proyecto estima que debe ser de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia y no de la justicia militar.

Se hace presente que si bien la materia había sido debatida con jurisprudencia variable de parte de los Tribunales Ordinarios, la Fiscalía Nacional del Ministerio Público había instruido de manera general para que los fiscales instaran por la competencia de estos últimos tribunales, promoviendo en su caso un conflicto o contienda de competencia (Of. N° 315 de 27.05.05).

También se hace presente que por reciente fallo de la Excma. Corte Suprema de fecha 5 de septiembre de 2005, en los autos ingreso N° 3361-2005, se determinó por unanimidad que la competencia por el porte de bombas molotov correspondía a la justicia ordinaria, dirimiendo el conflicto que se habría producido entre la Justicia Militar y el Juez de Garantía de Concepción y acogiendo tanto la posición del Fiscal Nacional como de la Fiscal Judicial de la Corte Suprema que dictaminó sobre la materia.

Ahora bien y como se ha expresado anteriormente, con el fin de resolver las dificultades a que dieron lugar las modificaciones introducidas en la Ley de Control de armas por la Ley N° 20.014, de 13 de mayo del año en curso, el pasado 10 de septiembre se publicó la Ley N° 20.061, que introduce nuevos cambios en los arts. 2°, letra d), 9-A y 18 de la Ley de Control de armas.

El problema se había suscitado, fundamentalmente, por el hecho de haber incluido en el art. 2°, letra d), las bombas incendiarias —también conocidas como bombas molotov—, lo que venía a alterar el sistema de la Ley de Control de armas, que separaba netamente las armas y elementos cuya posesión, tenencia y porte la ley permite y regula, de aquellos que están prohibidos, por lo que no son susceptibles de autorización, ni inscripción alguna, de manera que su tenencia o porte es siempre ilícita. Así, las armas y elementos permitidos estaban señalados en el art. 2°, y los prohibidos, en el 3°. Pero la Ley 20.014 volvía a mencionar las bombas incendiarias en el art. 3°, con lo cual estos elementos eran objeto de una doble regulación,

asimilándolos en cuanto a la pena a las armas permitidas, pero incluyéndolos, conforme a su naturaleza, entre las armas prohibidas. Esta dualidad repercutía también sobre la competencia de los tribunales que debían conocer de los delitos que se cometan en relación con tales artefactos incendiarios.

La referida separación entre elementos permitidos y prohibidos cobra especial importancia por la forma como están contruidos los tipos de los delitos que contiene esta ley, pues en una norma se describe la conducta punible, y en otra distinta se señalan los objetos a que ella se refiere, existiendo así una simetría entre ambas clases de normas: la posesión o tenencia de las armas o elementos *permitidos* sin contar con las respectivas autorizaciones o inscripciones está tipificada en el art. 9°, y el porte de los mismos sin el respectivo permiso, en el art. 11; por su parte, la posesión o tenencia y el porte de las armas o elementos *prohibidos* están tipificados en los arts. 13 y 14.

De ahí que la modificación introducida por la ley que comentamos no afecte a las conductas punibles, que siguen siendo las mismas, sino que se limita a eliminar del art. 2° la referencia a las bombas incendiarias, con lo cual cobra plena vigencia la inclusión de esos elementos en el art. 3° (parte final del inciso 2°). Con ello, la pena de la posesión o tenencia y el porte de bombas incendiarias cambia automáticamente (fue probablemente la intención de aplicar a estos delitos las mismas penas de la tenencia y porte ilegal de las armas permitidas, lo que había motivado su inclusión en el art. 2°, por parte de la Ley 20.014), que ahora pasa a ser la que señalan los arts. 13, inciso 1°, y 14, inciso 1°: presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Respecto a este tratamiento punitivo más riguroso, ya surgen algunas críticas en el sentido de que, dadas las características personales de los autores de esta clase de delitos — mayoritariamente, jóvenes estudiantes—, es muy probable que los jueces se muestren reticentes a aplicar las nuevas penas.

En cuanto a los tribunales competentes para conocer de los delitos de posesión o tenencia y porte de bombas incendiarias, ella ha quedado ahora claramente radicada en los *tribunales ordinarios* con competencia en lo criminal, esto es, los juzgados de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal, al agregar expresamente la nueva ley tales elementos en el inciso 1°, oración segunda del art. 18. Debe tenerse presente que los arts. 13 y 14 tipifican diversos delitos, de los cuales los únicos cuyo conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios son aquellos que se refieren a las bombas o artefactos incendiarios, armas de fabricación artesanal o transformadas respecto de su condición original y a las armas cuyos números de serie hayan sido adulterados o borrados. En consecuencia, todos los demás delitos tipificados en los arts. 13 y 14, esto es, los referidos a los restantes elementos que señala el art. 3°, son de competencia de los tribunales militares. La única salvedad que cabe hacer a este respecto es que, por una deficiente técnica legislativa, el legislador menciona como categorías distintas las “armas largas, cuyos cañones hayan sido recortados” (art. 3°, inciso 1°), y las “armas transformadas respecto de su condición original (art. 3°, inciso 3°), sin advertir que las armas de la primera clase constituyen una subespecie del concepto genérico de armas transformadas, por lo que habría bastado con esta última expresión.

Ahora bien, en el caso de que se haga uso de bombas incendiarias en contra de un carabinero, las normas aplicables ya no serían las de la Ley de Control de armas, sino los arts. 416 y 416 bis del Código de Justicia Militar, que castigan el ejercicio de violencia y el maltrato de obra, así como los atentados contra carabineros, respectivamente, delitos cuyo conocimiento corresponde a los tribunales militares. Pero no sólo la competencia es distinta en uno y otro caso; también lo es la pena aplicable, puesto que las penas que contempla el Código de Justicia Militar para los mencionados delitos son inferiores a las de los delitos de posesión o tenencia y porte de bombas molotov, de la Ley de Control de armas, cuando el uso de tales elementos cause lesiones menos graves o leves (en el caso de lesiones graves o muerte, las penas son más graves).

El problema práctico que se presenta, entonces, es saber cuál de las dos normas debe invocarse al perseguir un hecho que se encuadra tanto en el delito previsto en la Ley de Control de armas como en los del Código de Justicia Militar, cuestión que no puede resolverse sobre la base de los principios de especialidad ni de consunción, por presentar cada uno de ellos elementos típicos que no están abarcados por el otro tipo penal: en un caso, la calidad del sujeto pasivo (carabinero), y en el otro, el medio utilizado para perpetrar el

ataque (bomba incendiaria). Para resolver el problema habrá que recurrir al principio de *alternatividad*, que atiende a la cantidad de injusto y consecuente cuantía de la pena para decidir, en el caso concreto, cual de las dos normas ha de aplicarse en definitiva. Pues bien, la razón de la menor pena que la ley asigna a las lesiones menos graves y leves causadas a carabineros, así como el simple atentado sin causarle lesiones, cabría atribuirlo a un menor injusto que en el caso de la posesión, tenencia y porte de bombas incendiarias, por el mayor peligro que implica al poner en riesgo la vida e integridad física de un número indeterminado de personas, además de daños considerables a la propiedad pública y privada, cuando no sólo se porta, sino que, además, se hace uso de ella en contra de carabineros, con efectos que pueden resultar incontrolables si se produce efectivamente un incendio. Pero, esto no es algo que pueda decidirse a priori, sino que habrá que analizar cuidadosamente en cada caso. Lo que sí puede afirmarse es que si el delito se agota *en el puro porte de este tipo de armas* durante disturbios en que hay presencia policial, la única norma aplicable será la de la Ley de Control de armas, ya que el hecho de portar tales elementos no es todavía constitutivo de un ataque o maltrato a carabineros.

Aparte de los cambios reseñados en los párrafos precedentes, la Ley 20.061 aumenta considerablemente las penas del delito previsto en el art. 9-A (de presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en cualquiera de sus grados), cuya tipificación no varía. Dicho delito castiga la adquisición o venta de municiones o cartuchos, cuando ellas se verifiquen de manera irregular.

Finalmente, se hace presente que si bien se trata de delitos con penas menores, los fiscales deberán seguir las instrucciones generales y criterios de actuación en materia de salidas alternativas que se conocen.

Tratándose de la suspensión condicional del procedimiento y de acuerdo a las instrucciones generales y criterios de actuación contenidos en el oficio FN N° 096 de 10.03.04, no sólo se deberán cumplir los requisitos legales que establece el Código Procesal Penal sino que también se debe ponderar debidamente si la suspensión producirá o no una posible rehabilitación del imputado y si es probable que pueda reincidir en el delito atendido a que se debe considerar también el impacto social que produce la suspensión y también si el imputado ha tenido causas criminales pendientes o antecedentes policiales varios de detención.

Naturalmente, este tema deberá resolverse según las circunstancias de cada caso concreto que deberá ponderar el fiscal de la causa.

El presente oficio deberá ser distribuido a todos los fiscales para su consideración, sin perjuicio de las observaciones que puedan formularse a través de los fiscales regionales respectivos.

Saluda atentamente a UDS.,

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

GPR/SPW/crz

Adj. : Cuadro comparado de la ley 17.798, incluyendo modificaciones ley 20.061.

OFICIO FN N° 525 /

ANT.: Oficio FN N° 273 de 18 de junio de 2004 sobre Desacato y atentado en contra de la autoridad. Oficio FN N° 478 de octubre de 2004 complementa oficio FN N° 273 de 18.06.04

MAT.: Imparte orientaciones generales respecto de la nueva ley 20.048 de 31.08.05 que modificó el Código Penal y el Código de Justicia Militar en materia de Desacato.

SANTIAGO, septiembre 13 de 2005

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

**A : SRS. FISCALES REGIONALES, FISCALES ADJUNTOS Y
ASESORES JURÍDICOS DE TODO EL PAÍS.**

La Ley N° 20.048, publicada el 31 de agosto de 2005, introduce importantes modificaciones al Código Penal y al Código de Justicia Militar en materia del delito de desacato, razón por la cual se ha estimado necesario impartir las siguientes orientaciones generales acerca de sus disposiciones.

El delito de desacato contemplado en los artículos 264 y siguientes del Código Penal había mantenido inalterada su estructura típica desde la dictación del Código Penal en 1874, sin perjuicio que ya en el año 2001, y con la publicación de la Ley 19.733 o Ley de Prensa, se había procedido a desincriminar ciertas conductas de desacato contempladas en la Ley de Seguridad Interior del Estado, al eliminar del art. 6°, letra b) de dicha ley, toda referencia a la difamación, injurias y calumnias en contra de las personas que ocupan los cargos públicos de más alto rango dentro de la Nación.

La referida ley 20.048 se originó en un proyecto de ley del Ejecutivo, al que ambas cámaras legislativas le introdujeron diversas enmiendas, prevaleciendo finalmente el proyecto aprobado por el H. Senado.

I.- Las Disposiciones de la Ley 20.048.

El contenido de las modificaciones que llegaron a convertirse en ley, son las siguientes:

1. Se elimina del Código Penal toda referencia al delito de desacato, suprimiendo esa expresión del epígrafe del Párrafo 1° del Título VI del Código Penal, que queda simplemente como "Atentados contra la autoridad".

2. Se deroga el art. 263, que castigaba al que de hecho o de palabra injuriare gravemente a quienes personifican los tres poderes del Estado (Presidente de la República, Diputados y Senadores y miembros de los Tribunales Superiores de Justicia).

3. Se reformula completamente el art. 264 del Código Penal en la siguiente forma:

"Art. 264. El que amenace durante las sesiones de los cuerpos colegisladores o en las audiencias de los tribunales de justicia a algún diputado o senador o a un miembro de dichos tribunales, o a un senador o diputado por las opiniones manifestadas en el Congreso, o a un miembro de un tribunal de justicia por los fallos que hubiere pronunciado o a los ministros de Estado u otra autoridad en el ejercicio de sus cargos, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados.

El que perturbe gravemente el orden de las sesiones de los cuerpos colegisladores o de las audiencias de los tribunales de justicia, u ocasionare tumulto o exaltare al desorden en el despacho de una autoridad o corporación pública hasta el punto de impedir sus actos, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, o sólo esta última."

Como se puede apreciar, se elimina la mención de las injurias, lo que significa que de aquí en adelante la única forma de perseguir la responsabilidad penal de quienes injurien a alguna autoridad en su carácter de tal, será recurriendo al delito de injurias, particularmente al tipo agravado del art. 417, N° 5 del Código Penal, en que la razón de la agravación radica, precisamente, en el *"estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor"*.

Además, se elimina toda referencia al **"desacato"**, de manera que el delito allí previsto pasa a ser una nueva modalidad de atentado en contra de la autoridad, cometido mediante **amenazas**, cualquiera que sea su gravedad¹, en contra de:

- a) Diputados o Senadores durante las sesiones de los cuerpos colegisladores o por las opiniones que hayan manifestado en el Congreso;
- b) miembros de los Tribunales de Justicia durante las audiencias o en razón de los fallos que hayan pronunciado, y
- c) Ministros de Estado u otra autoridad en el ejercicio de sus cargos.

El nuevo texto no innova mayormente en cuanto al fondo de la norma, puesto que describe con una redacción distinta las mismas conductas que castigaba el art. 264 en su versión original, con la salvedad de las injurias y eliminando, al mismo tiempo, el N° 4 referido al superior jerárquico, así como también el anacronismo de la provocación a duelo, contenida en el antiguo inciso 2°.

Se incorpora, en cambio, un nuevo inciso segundo, que reproduce textualmente el antiguo art. 268, que se deroga. En consecuencia, dicho inciso 2° castiga la perturbación grave del orden de las sesiones de los cuerpos colegisladores o de las audiencias de los Tribunales, y también la conducta de ocasionar tumulto o exaltar al desorden en el despacho de una autoridad o corporación pública hasta el punto de impedir o interrumpir sus actos.

Los verbos rectores son "Amenazar" y "Perturbar". El diccionario de la RAE ha definido "amenazar" como *"dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro"* y por perturbar como *"inmutar, trastornar el orden y concierto, o la quietud y el sosiego de algo o de alguien"*. Este verbo rector va acompañado de la palabra "gravemente", por lo que entendemos que la perturbación debe ser de mucha entidad o importancia, y no una simple molestia o breve interrupción a la sesión o audiencia.

Las penas son reclusión menor en cualquiera de sus grados para los casos previstos en el inciso primero, y reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez UTM, o sólo esta última, para los del inciso segundo.

4. Como las penas de las conductas tipificadas en el art. 264 se señalan en esa misma disposición, se deroga el art. 265 del Código Penal.

5. Se elimina del art. 266 del Código Penal la mención al desacato.

6. Se deroga el art. 268, que como ya se dijo, quedó incorporado como inciso 2° del nuevo art. 264.

7. El proyecto modifica, además, diversas disposiciones del Código de Justicia Militar:

- a) Se reemplaza el art. 276, que castiga a quien induce al personal militar a la indisciplina, el desorden o el incumplimiento de deberes militares, graduando la pena en relación con la calidad y jerarquía del inducido.

1 Esta es otra diferencia con respecto a la antigua normativa, puesto que el artículo 265 castigaba con mayor pena las injurias o amenazas graves que las leves.

- b) Se cambia a unidades tributarias mensuales (UTM) la unidad monetaria en que se expresa la multa en el caso del art. 416 N° 4°, alterando también la cuantía, que queda entre seis y once UTM.

II.- Importancia de las modificaciones para el Ministerio Público.

La única diferencia que presenta para el Ministerio Público la reformulación de los delitos aquí comentados, es que el antiguo delito de desacato desaparece sólo en lo que respecta a las injurias, pero subsiste en su esencia -aunque bajo la denominación de atentado a la autoridad²-, en su modalidad de amenazas.

En cuanto a los sujetos pasivos de este delito, se mantienen los mismos que hasta ahora, esto es, miembros de las dos cámaras legislativas, de los tribunales de justicia, ministros de Estado *u otras autoridades*, expresión esta última dentro de la cual pueden entenderse incluidos también los fiscales del Ministerio Público, por la complementariedad de sus funciones respecto a la jurisdiccional, además de tener su origen en la propia Constitución.³

En consecuencia, los argumentos para sostener que un fiscal del Ministerio Público puede ser sujeto pasivo de este nuevo tipo de atentado, se mantienen sin variación, pero en el bien entendido de que sólo es posible mediante amenazas a la autoridad, debiendo entender por tales sólo las que se profieren verbalmente, puesto que si las amenazas implican el empleo de fuerza, cobran vigencia las normas de los arts. 261 y 262, esto es, los delitos que tradicionalmente se han conocido como atentados contra la autoridad, en cuyo caso la idoneidad de los fiscales del Ministerio Público como sujeto pasivo de los mismos no admite dudas, por cuanto la ley habla de autoridad en general, sin referencia alguna a los tres poderes del Estado.

Todas las referencias que se realizan en los Oficios de este Fiscal Nacional referidos al delito de desacato y que se han individualizado en el antecedente, deben entenderse modificados por la ley en comento, y en el sentido que antes hemos aludido.

El presente oficio deberá ser distribuido a todos los fiscales para su consideración, sin perjuicio de las observaciones que puedan formularse a través de los fiscales regionales respectivos.

Saluda atentamente a UDS.

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

GPR/SPW/HFA/crz

- 2 El inconveniente que tiene esta denominación es que en el mismo párrafo existen otros delitos con esa denominación, a saber, los de los arts. 261 y 262, los cuales no fueron modificados por la nueva ley.
- 3 Sobre este punto, veáse el oficio FN N° 273 de 18.06.04 y también el Informe en Derecho "Desacato a los Fiscales del Ministerio Público", realizado por Alejandro Silva Bascañán y publicado en el Boletín N° 13 del año 2002, en el cual se sostiene que un fiscal del Ministerio Público es autoridad para los efectos del artículo 264 del Código Penal, pues si bien esta institución no integra el Poder Judicial, sí participa de la administración de justicia en cuanto tiene a su cargo la dirección exclusiva de la investigación de los delitos, función que anteriormente se le encomendaba al juez del crimen. Este mandato se consagra con rango constitucional, reconociéndole la carta fundamental a esta entidad la categoría de organismo autónomo y jerarquizado. Se trata, según este profesor, de una de las autoridades que comparten el ejercicio de la soberanía de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política.

Además, en la base de jurisprudencia de la Unidad de Corte de la Fiscalía Nacional, se encuentran registrados a lo menos tres fallos que reconocen a los fiscales como autoridades y condenan a diversos imputados por el delito de desacato en perjuicio de los fiscales.

OFICIO FN N° 549 /**ANT.: No hay.****MAT.: Comentarios sobre la Ley 20.064, que modifica el Código de Justicia Militar y el Decreto Ley N° 2.460 de 1979, respecto a delitos contra personal de Carabineros y de la Policía de Investigaciones.****SANTIAGO, septiembre 28 de 2005****DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO****A : SRS. FISCALES REGIONALES, FISCALES ADJUNTOS, ASESORES,
JEFES DE UNIDADES**

Recientemente fue promulgada la Ley N° 20.064, su publicación se efectuará en los próximos días, que modifica la tipificación y aumenta las penas de los delitos que hasta ahora se conocían como *maltrato de obra a carabineros*, contenidos en los arts. 416 y 416 bis del Código de Justicia Militar, además de crear nuevas figuras delictivas. Las mismas modificaciones se introducen también en relación con los respectivos delitos en contra del personal de la Policía de Investigaciones, reformulando el art. 17 del Decreto-ley N° 2460, de 1979, y agregando nuevos tipos penales.

Dicho proyecto de ley se originó en un mensaje del Ejecutivo del año 2004, el cual sólo contemplaba el aumento de las penas, con el objeto de otorgar protección adecuada al personal de Carabineros e Investigaciones cuando actúan en el ejercicio de sus funciones. Pero ya en el primer trámite constitucional, la Comisión de Defensa de la Cámara de Diputados fue de opinión de que era necesario modificar también los tipos penales, por cuanto “tienen un tratamiento defectuoso en el Código de Justicia Militar, que no se compecede con los criterios contemplados en el Código Penal”, idea que tuvo general aceptación. Posteriormente, el Senado acordó incorporar nuevos artículos en los dos cuerpos normativos reformados, esto es, el Código de Justicia Militar y la Ley orgánica de la Policía de Investigaciones, estableciendo entre ellos un perfecto paralelismo. En definitiva, primó el texto aprobado por el Senado.

A continuación, se analizan los cambios introducidos por la ley modificatoria, precedidos de una breve reflexión sobre el bien jurídico protegido.

I. Bien jurídico protegido

Como ya se dijo, la ley que comentamos no se limita a aumentar las penas de los delitos de maltrato en contra de los agentes de ambos cuerpos policiales, sino que construye los respectivos tipos penales de manera completamente distinta a como lo hacían las normas modificadas. Su redacción actual se asemeja mucho a la forma como el Código Penal describe los delitos de homicidio y lesiones; de ahí surge la pregunta

de si la nueva formulación de los tipos penales en cuestión implica también un cambio en la forma de concebir el bien jurídico protegido por tales delitos¹.

Sin perjuicio de que el Código de Justicia Militar no parece ser el más adecuado para albergar estos delitos, por cuanto los cuerpos policiales no son propiamente militares, es evidente que la protección que se les brinda a través de los delitos que aquí comentamos, es primordialmente en atención a las funciones que realizan y no en cuanto individuos, como podría serlo cualquier hijo de vecino. Ello nos indica que el bien jurídico protegido específicamente por tales delitos no puede asimilarse sin más a la vida y a la integridad corporal, en la misma forma como los protege el Código Penal, pues en tal caso bastaría con los respectivos delitos de homicidio y lesiones. Lo cual no obsta, ciertamente, a que adicionalmente se proteja también la vida y la integridad corporal de quienes integran los cuerpos de Policía, pues sabido es que el bien —o bienes— jurídico(s) protegido(s) por un determinado tipo penal no tiene por qué ser único ni excluyente.

Y es que en la base de estos delitos está la idea del atentado contra un representante o agente de la autoridad, con lo cual estos delitos entroncan con aquellos previstos en los arts. 261 y 262 del Código Penal, de los que no son sino una especie particular. De manera que el bien protegido es en ambos casos el mismo: el principio de autoridad, bien jurídico colectivo con el que se quiere significar la protección de que están revestidas las funciones públicas en cuanto tales, funciones que necesariamente habrán de ser desempeñadas a través de personas concretas².

Lo anterior significa que, tal como quedó consignado en las actas durante la discusión de la ley, la nueva formulación de los delitos sólo obedece a razones técnicas y no representa una innovación en cuanto al objeto jurídico de tutela.

II. Contenido de las modificaciones

A) Código de Justicia Militar:

Las normas que se modifican son los arts. 416, 416 bis y 417, intercalándose entre estos dos últimos un nuevo art. 416 ter. El detalle de estas modificaciones es el siguiente:

a) art. 416:

Esta norma sancionaba el maltrato de obra a carabineros, graduando la pena proporcionalmente al resultado de muerte, lesiones graves, menos graves y leves. Las penas oscilaban entre presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado, en el caso de muerte, y presidio menor en su grado mínimo o multa de once a veinte sueldos vitales, en el caso de lesiones leves.

La modificación que introduce la nueva ley consiste en tipificar en forma independiente el delito de homicidio de un carabinero en ejercicio de sus funciones, aumentando el límite inferior de la pena a presidio mayor en su grado máximo³.

1 A este respecto, resulta de interés consignar que durante la discusión del proyecto de ley en el seno de la Comisión de Defensa Nacional de la Cámara de Diputados, hubo una indicación de un grupo de diputados de distintos sectores políticos, en el sentido de traspasar el contenido de los arts. 416 y 416 bis del Código de Justicia Militar al Código Penal, bajo la forma de sendos delitos de homicidio y lesiones en contra de carabineros o miembros de la Policía de Investigaciones, indicación que fue rechazada por unanimidad de los miembros de la mencionada comisión, según se lee en el Segundo informe de la misma, págs. 4 y 5).

2 En consecuencia, la mayor pena con que se castiga la muerte o las lesiones ocasionadas a un policía, no obedece a que la vida o la integridad corporal de éste sea socialmente más valiosa que la de cualquier persona, sino que al atentar contra él se atenta también contra la autoridad del Estado, corporeizada en su persona.

3 Con ello, la pena mínima queda en quince años y un día, lo que representa un fuerte contraste con la pena mínima del homicidio simple, que es de cinco años y un día.

Además de aumentar la penalidad, la nueva redacción tiene la ventaja de dejar en claro que el verbo rector es *matar*, lo que deja en claro que no se trata de un delito calificado por el resultado, sino que tal resultado debe estar abarcado por el dolo del autor, sea directo o eventual. Lo que no se podría castigar a este título sería el delito meramente culposo, el que tendría que resolverse de acuerdo con las reglas generales del Código Penal (así, por ejemplo, el conductor que por inadvertencia atropella y da muerte a un carabinero).

Otra cuestión debatida durante la discusión de la ley fue el elemento típico de que el carabinero ha de hallarse *en funciones*. A este respecto hubo amplio consenso de que no sólo se encuentra en funciones el policía que se dirige al lugar de su trabajo, sino incluso aquél que, estando de franco, actúa en el cumplimiento de sus funciones de guardador del orden y tranquilidad públicos, auxiliando a quien requiera su intervención⁴.

b) *art. 416 bis:*

En este artículo se tipifica separadamente el delito de lesiones ocasionadas a un carabinero, en forma similar a como está regulado el delito genérico de lesiones en el Código Penal (arts. 397, 399 y 494, N° 5).

Esto significa, en primer lugar, que el verbo rector ya no es violentar o maltratar, sino *herir, golpear y maltratar*. Al igual que en el caso del homicidio, el sujeto pasivo se describe de manera más simple como "carabinero en ejercicio de sus funciones" (eliminándose así el agregado "de guardadores del orden y seguridad públicos"). Además, se traspasan a esta norma los números 2°, 3° y 4° del antiguo art. 416, que se referían respectivamente a las lesiones graves (sin distinguir entre gravísimas y simplemente graves), menos graves y leves.

En cuanto a las penas, los cambios que experimentan son los siguientes:

- 1) *en el caso de las lesiones gravísimas* (cuando el ofendido quede demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme), la pena aumenta a presidio mayor en su grado *medio*, como pena única;
- 2) *en el caso de las simplemente graves* (las que producen enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días), las penas se mantienen sin alteración;
- 3) *en el caso de las menos graves*, la pena aumenta a presidio menor en su grado medio a máximo⁵;
- 4) *en el caso de las lesiones leves*, la pena privativa de libertad —presidio menor en su grado mínimo— se mantiene igual, pero la pena de multa es ahora de seis a once UTM.

c) *art. 416 ter:*

Se crean como delitos específicos, con pena agravada en un grado, la castración y mutilación de un carabinero en ejercicio de sus funciones. Para determinar la pena aplicable debe partirse del marco penal de los delitos previstos en los arts. 395 (castración) y 396 (mutilaciones), aumentando en un grado las respectivas penas de que aquél consta. En consecuencia, las penas son presidio mayor en su grado mínimo a medio, en el primer caso, y presidio menor en su grado medio a máximo, en el segundo, según se trate de miembro importante o menos importante (incisos 1° y 2° del art. 396).

4 Cfr. Primer informe de la Comisión de Defensa Nacional de la Cámara de Diputados, pág. 11.

5 Para apreciar la magnitud de esta pena, conviene tener en cuenta que, tratándose de las lesiones menos graves del art. 399 del Código Penal, la pena es relegación o presidio menor en su grado mínimo, o bien, multa de once a veinte UTM.

d) *art. 417:*

Se reformula el antiguo art. 417, eliminando de él toda referencia a las injurias u ofensas de palabra o por escrito⁶, con lo cual el delito se limita ahora a las amenazas, tal como ellas están reguladas en los arts. 296 y 297 del Código Penal. La pena se mantiene sin variaciones.

B) Decreto-ley N° 2460, Ley orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile:

En este cuerpo legal se introducen modificaciones equivalentes a las ya comentadas en relación con los miembros de Carabineros. En consecuencia, se reemplaza el art. 17, tipificando en forma independiente el delito de homicidio de un miembro de la Policía de investigaciones, delito que se castiga con la misma pena prevista para aquéllos: presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Se incorpora, asimismo, un nuevo art. 17 bis, donde se regulan los delitos de lesiones graves, menos graves y leves, en la misma forma ya comentada en el acápite anterior.

Asimismo, se introducen los arts. 17 ter y 17 quater, que reproducen literalmente las normas de los arts. 416 ter y 417 del Código de Justicia Militar, en relación con los miembros de Carabineros, por lo que remitimos a los comentarios hechos respecto a dichas normas en el acápite anterior.

III. Problemas concursales

Si bien los delitos que comentamos aquí presentan una evidente relación con los delitos de atentados, por una parte, y con los de homicidio, lesiones y amenazas, por la otra, ello no ofrece mayores problemas concursales, por cuanto representan figuras específicamente referidas a miembros de Carabineros o de la Policía de Investigaciones, de modo que se aplican de preferencia a las respectivas figuras genéricas.

Pero la relación de especialidad está dada únicamente por la calidad del sujeto pasivo. En cambio, nada dice la ley respecto a la forma o el medio empleado para perpetrar el atentado. De ahí que puedan presentarse problemas concursales, por ejemplo, con la figura de tenencia y porte de bombas incendiarias, recientemente introducida en la Ley de Control de armas⁷, cuando el resultado de muerte o lesiones se produzca como consecuencia del uso de tales artefactos. Otro tanto cabe afirmar respecto de atentados que se cometan con armas hechizas o de fabricación artesanal, transformadas respecto de su condición original y aquellas cuyos números de serie hayan sido adulterados o borrados.

En todos estos casos, habría que concluir que hay un *concurso real* regulado por el art. 75, inciso 2°, puesto que la posesión o tenencia y el porte de los elementos que la Ley de Control de armas castiga en sus arts. 13 y 14, y el uso de los mismos para agredir a un policía, se encuentran en una relación de medio a fin, de modo que sólo se aplica la pena mayor asignada al delito más grave. Esto significa, concretamente, que los únicos casos en que la pena del atentado contra el policía sería inferior a la de la tenencia o porte de bombas molotov y demás armas prohibidas (presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo), sería el de las lesiones menos graves y leves, sancionadas respectivamente con presidio menor en su grado medio a máximo y presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a once UTM. Estos casos pueden resolverse en virtud del principio de *alternatividad*, aplicando la pena más grave (que en este caso sería la del delito de la Ley de Control de armas), atendido el mayor injusto que supone el peligro creado por el artefacto en cuestión para una cantidad indeterminada de personas y para la propiedad pública y privada.

Otro conjunto de problemas que se plantea en relación con los delitos a que nos hemos referido en el párrafo precedente es el que dice relación con el ámbito procesal, que abordaremos en el apartado siguiente.

6 Ello obedece a la reciente modificación de que fue objeto recientemente el antiguo delito de desacato (mediante la Ley N° 20.048, de 31 de agosto del año en curso), eliminando de él toda referencia a las injurias.

7 Este problema se trató ya en el Oficio FN N° 523, de 13 de septiembre del año en curso, pero las afirmaciones que en él se hacen quedan en parte obsoletas por los cambios introducidos por la nueva ley comentada en este oficio.

IV. Cuestiones procesales

En esta materia, es pertinente analizar tres tópicos distintos: algunos aspectos relativos a la competencia de los tribunales; el régimen de la acción penal a que se someten estos delitos; y, finalmente, la posibilidad de hacer uso de salidas alternativas.

1. Tribunales competentes

La Ley 20.064 no introdujo modificaciones en las normas de competencia comunes (Código Orgánico de Tribunales), ni especiales (Código de Justicia Militar). Tampoco creó alguna norma de competencia en el D.L. 2.460. En consecuencia, podemos sostener que se mantiene el régimen de competencia establecido con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, sin perjuicio de aquellas variaciones derivadas de los cambios estructurales en las modificaciones de los tipos penales⁸.

Son de competencia de los *tribunales militares* los delitos contemplados en los arts. 416, 416 bis y 416 ter del Código de Justicia Militar. También el delito establecido en el art. 417 de dicho código, cuando es cometido por un *militar*⁹.

Es de competencia de los *tribunales ordinarios* el delito del art. 417 del C.J.M. cuando es cometido por civiles. Por exclusión, son civiles quienes no se comprenden dentro de los mencionados en el art. 6° del mismo código.

Si una misma persona ha de ser perseguida y juzgada por la comisión de delitos, algunos de los cuales sean, aisladamente considerados, de competencia de los tribunales militares y, otros, de los tribunales ordinarios, debe atenderse a las reglas contempladas en los arts. 11, inciso 2°, y 12 del C.J.M. La primera disposición establece que, tratándose de *delitos conexos*, todos serán de conocimiento de los *tribunales militares*. Por el contrario, si no son conexos, las causas se radicarán, separadamente, en los tribunales militares y ordinarios, según las reglas generales. En este último caso, deberán tenerse presentes las reglas del art. 12 incisos 3° y 4° del mismo código, que señalan las reglas que deben observarse en materia de circunstancias modificatorias y unificación de penas, en forma similar a lo dispuesto por el art. 164 del C.O.T.

Con respecto a lo anterior interesa destacar que ya no existe una definición legal del término *delito conexo*, atendido que fue derogado el art. 165 del C.O.T.¹⁰, por lo que corresponde hoy a la jurisprudencia fijar el alcance de dicho concepto. Sin embargo, resulta innegable la conexión que existe entre delitos que se encuentran en una relación de medio a fin, situación regulada por el art. 75, inciso 2°, del Código Penal, al tratar del concurso ideal, aplicando en ambos casos la misma regla para la determinación de la pena. Sobre esta base, si una misma persona comete un delito cuyo conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios, pero que constituye el medio para perpetrar otro delito, de competencia de los tribunales militares, en conformidad al art. 11, inciso 2° del C.J.M., ambos delitos serán conocidos por estos últimos tribunales, por tratarse de delitos conexos.

En lo que respecta a los delitos previstos en el D.L. 2.460, que reproducen los de los arts. 416 y siguientes del Código de Justicia Militar, debe llamarse la atención de que ni en su texto ni en el Código

8 Es el caso de las injurias proferidas en contra de policías, que al ser eliminadas de los respectivos tipos penales (art. 417 del C.J.M. y 17 quáter del Decreto-ley 2.460), quedan sometidas al régimen común de las injurias del Código Penal, que son delitos de acción privada.

9 El art. 5°, N° 1, del C.J.M. establece, en lo pertinente, que corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento de los delitos militares, que son los contemplados en dicho código, con excepción de los previstos en los artículos 284 y 417, cuando sean cometidos por civiles, cuyo conocimiento corresponde en todo caso a la justicia ordinaria; asimismo, las causas que leyes especiales sometan al conocimiento de los tribunales militares. Por su parte, el art. 6° del C.J.M. establece quiénes se consideran militares para los efectos del mismo Código. De ahí que resulte evidente la contraposición entre civiles y militares, debiendo destacarse que los funcionarios de Policía de Investigaciones no están incluidos dentro de quienes se consideran militares.

10 Por la Ley N° 19.665, de 9 de marzo de 2000.

indicado se establece que dichos delitos deban ser de competencia de los tribunales militares, por lo que se sujetan a la de los tribunales ordinarios.

2. Régimen de la acción penal

Todos los delitos contemplados en la Ley 20.064, ya sea que se incorporen al Código de Justicia Militar o al D.L. 2.460, y sin importar si son de conocimiento de los tribunales ordinarios o militares, son de *acción penal pública*. Esto porque, de conformidad con el art. 53 del Código Procesal Penal, los delitos de acción pública constituyen la regla general.

A pesar de que entre las figuras que contempla esta ley se incluyen algunas directamente relacionadas con aquellos que, conforme a la legislación procesal común, constituyen *delitos de acción pública previa instancia particular* –lesiones menos graves y leves, amenazas-, ello no puede extrapolarse a los delitos específicos que contempla la nueva ley, puesto que el art. 54 del Código Procesal Penal se refiere de manera expresa a los delitos genéricos del Código Penal, concretamente, a los de los arts. 399, 494, N° 5, 296 y 297. Tratándose de una disposición que establece una excepción a la regla general –que es la de los delitos de acción pública– su interpretación debe ser estricta, por lo que no cabe extenderla a otros tipos penales previstos en leyes especiales.

3. Salidas alternativas

En esta materia debe distinguirse la situación de los delitos contemplados en el Código de Justicia Militar, de la de aquellos establecidos en el D.L. 2.460.

Respecto de los primeros, la regla general es que no proceden las salidas alternativas, ya que regularmente serán de competencia de los tribunales militares, cuyo procedimiento no las contempla. Mención aparte debe hacerse respecto de las amenazas (art. 417) que, por ser de conocimiento de los tribunales ordinarios, pueden resolverse por la vía de la suspensión condicional del procedimiento.

En cambio, los delitos contemplados en el D.L. 2.460 son todos de competencia de los tribunales ordinarios. Así, en caso de cumplirse con los requisitos legales, son procedentes tanto los acuerdos reparatorios (art. 241 inciso 2° C.P.P.) como la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 C.P.P.).

Agradeceré a Uds. distribuir el presente oficio a todos los fiscales y asesores jurídicos a fin de que formulen las observaciones o dudas que estimen pertinentes, sin perjuicio del seguimiento de los criterios interpretativos y de actuación contenidos en esta comunicación.

Saluda atentamente a UDS.,

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL MINISTERIO PÚBLICO

GPR/SPW/DFS/crz

OFICIO FN Nº 551 /

ANT.: Ley Nº 20.066, que sustituye Ley de violencia intrafamiliar, modifica el Código Penal y Ley que crea Tribunales de familia.

MAT.: Formula comentarios e imparte instrucciones

SANTIAGO, septiembre 29 de 2005

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : SRS. FISCALES REGIONALES Y FISCALES ADJUNTOS DEL PAÍS

La ley Nº 20.066, ya promulgada y próxima a ser publicada, **deroga y sustituye íntegramente la ley Nº 19.325, sobre violencia intrafamiliar**, distinguiendo las materias de orden civil de aquellas de naturaleza penal, para adecuarlas al nuevo sistema procesal penal vigente en el país, instaurando un nuevo delito denominado de “**maltrato habitual**” y **modificando el Código Penal y ley Nº 19.968, sobre Tribunales de Familia**, en diversos aspectos que son del interés del Ministerio Público.

Su vigencia es a partir del 1 de octubre próximo, en forma coetánea con la puesta en marcha de los Juzgados de Familia, los que actuarán aplicando los nuevos procedimientos diseñados al efecto en la citada ley Nº 19.968.

Los cambios más importantes que introduce la nueva ley son los que se señalan a continuación, divididos por temas, de acuerdo al propio orden de la misma.

I. MATERIAS DE ORDEN CIVIL, DE CONOCIMIENTO DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA.

- 1. Concepto de violencia intrafamiliar.** Luego de precisarse el objeto de la ley en el Párrafo 1, artículo 1º, en términos de prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma, se asignan en los artículos 2 a 4 diversas obligaciones al Estado y funciones al Servicio Nacional de la Mujer, para luego, en el Párrafo 2, artículo 5º, definirse el concepto de violencia intrafamiliar de la siguiente forma:

“Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.

Como puede advertirse, el concepto es lo suficientemente amplio e incluye todo tipo de agresiones físicas y síquicas efectuadas respecto de padres, hijos, nietos, abuelos, hermanos, tíos, cuñados, sobrinos, carnales o políticos, además de las producidas entre cónyuges, ex cónyuges, convivientes y ex convivientes y los indicados parientes de éstos. Para estos efectos, además, el adoptante y adoptado se entienden asimilados a los ascendientes y descendientes, según así lo previene el artículo 24.

La protección se extiende también a los menores de edad y personas discapacitadas que se encuentren bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

Este concepto, como se verá, reviste importancia porque tiene influencia en el procedimiento penal que rige para el delito de maltrato habitual y los restantes delitos que se produzcan en un contexto de violencia intrafamiliar.

2. De la violencia intrafamiliar de conocimiento de los Juzgados de Familia.

De acuerdo con el artículo 6º, de los actos de violencia intrafamiliar **que no constituyan delito**, esto es, de los ilícitos civiles, conocen los Juzgados de Familia **y no cabe intervención en esos procedimientos al Ministerio Público ni a sus fiscales**, salvo por derivación, en materia de delito de maltrato habitual y de desacato, tratándose de incumplimiento de sentencias condenatorias, medidas accesorias, de protección o cautelares, dictadas o decretadas por estos tribunales. (Arts. 8, 10, 15, 16 y 17 de esta ley y 94 de la ley N° 19.968, ya citada)

En consecuencia, no corresponde que los fiscales realicen ningún tipo de actuaciones ante los tribunales de familia, ni aún para los efectos de la concesión de medidas de protección, como tampoco que las Unidades de Víctimas y Testigos intervengan en los procedimientos que ante ellos se desarrollen, bajo ningún respecto. Dicha Unidad debe continuar prestando su asesoría y colaboración a los fiscales, y la protección y atenciones directas a víctimas y testigos, en la misma forma en que lo ha venido haciendo hasta ahora.

Enseguida, el artículo 7º de la ley, introduce una presunción, simplemente legal, sobre el concepto de situación de riesgo inminente, en el ámbito de las relaciones familiares, para los efectos de la ponderación del otorgamiento de medidas de protección por los tribunales de familia.

Su tenor es el siguiente:

“Artículo 7º.- Situación de riesgo. Cuando exista una situación de riesgo inminente para una o más personas de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, aun cuando éste no se haya llevado a cabo, el tribunal, con el solo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan.

Se presumirá que existe una situación de riesgo inminente como la descrita en el inciso anterior cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor o cuando concurren además, respecto de éste, circunstancias o antecedentes tales como: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la ley N° 17.798, o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta.

Además, el tribunal cautelará especialmente los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable.”

Interesante resulta destacar que este concepto puede ser de utilidad, también, para la apreciación que los fiscales, con la asesoría de la Unidad de Víctimas y Testigos, deben realizar a propósito de la concepción o petición de medidas de protección, en su caso, en los delitos en que les corresponda intervenir.

A tales efectos, la División de Víctimas y Testigos Unidad ha elaborado los criterios y pautas de calificación que se insertan, para orientar a los fiscales con dicho objeto, diferenciando el maltrato que ocurre entre miembros de una pareja, del que ocurre con respecto a menores de edad:¹

1 División de Víctimas y testigos

Se distingue entre el maltrato de pareja del que afecta a menores, porque las manifestaciones, dinámica de la relación y efectos en la víctima son distintos.

Se consideran como factores de riesgo de una nueva victimización en una relación de pareja:

En violencia en la pareja¹:

1. El tiempo de maltrato (mayor tiempo de maltrato, mayor deterioro en la víctima).
2. Los tipos de maltrato hacia la víctima (agresión física en escalada y agresiones psicológicas prolongadas son antecedentes de riesgo vitales y/o efectos devastadores para las víctimas, incluso para quienes ejercen el maltrato).
3. Habitualidad del maltrato (se refiere a su frecuencia. Esta puede ser diaria, semanal, mensual, semestral, anual. Es importante considerar que una frecuencia diaria, semanal o mensual dice relación con un alto riesgo de reiteración del maltrato y probable riesgo vital).
4. El nivel de aislamiento social de la víctima y su familia, en relación a familiares, vecinos, apoyo legal, laboral, entre otros.
5. El grado de dependencia económica de la víctima (a menor autonomía económica mayor riesgo de reiteración del maltrato).
6. La edad de los hijos y el número de ellos (a mayor número de hijos y menor edad de los mismos, existe más alto riesgo de reiteración del maltrato en escalada, tanto para la madre como para los hijos).
7. Trastornos conductuales de quien ejerce la violencia, alcoholismo, drogadicción, inestabilidad laboral, alto nivel de endeudamiento y negligencia en cubrir necesidades básicas de la familia.
8. Presencia de violencia cruzada grave (ambos miembros de la pareja se agreden mutuamente).
9. Violencia sexual (descalificación en el ámbito sexual, actos sexuales forzados, humillación y/o degradación sexual).
10. Contexto de la violencia (particularmente, ejercicio de maltrato durante el embarazo de la víctima, en estado de enfermedad, u otro similar que la sitúa en una condición de mayor vulnerabilidad).
11. Existencia de otras víctimas directas del maltrato habitual (hijos, adultos discapacitados o ancianos testigos de actos de maltrato y/o hijos, adultos discapacitados o ancianos directamente maltratados).
12. Existencia de peligro de homicidio o lesión grave¹ (intentos de asesinato anteriores, amenazas de muerte, uso de armas de fuego u otra en contra de la víctima, víctima ha sido encerrada por horas/días por el ofensor, golpes múltiples con resultado de lesiones, percepción de la víctima respecto de peligrosidad del agresor y de inminencia de nuevo episodio de maltrato).

En violencia hacia menores de edad:

Para definir la gravedad de la violencia y el riesgo de que esta vuelva a ocurrir, una vez confirmada una situación de maltrato habitual hacia un niño, niña o adolescente, hay que tener en cuenta lo siguiente:

Evaluación de factores de riesgo de maltrato habitual en niños, niñas y adolescentes¹:

Características del incidente de maltrato:

- Tipo de maltrato: maltrato de carácter sádico, situaciones severas de maltrato o abandono en niños menores de dos años.
- Severidad y/o frecuencia del maltrato: existencia de un patrón crónico de maltrato con resultado de lesiones en el niño.

Próximamente, la aludida División desarrollará un instrumento y orientaciones técnicas específicas para facilitar la intervención orientada a la atención de víctimas, y a la protección de víctimas y testigos de este tipo de delitos.

3. Intervención del Ministerio Público en casos de incumplimientos o desacatos de resoluciones del orden civil familiar.

De acuerdo con los artículos 8º y 10º de esta ley y 94 de la ley N° 19.968, ya citada, los tribunales de familia deberán remitir los antecedentes de incumplimiento de las resoluciones que imponen sanciones,

-
- Cercanía temporal del maltrato: período inferior a seis semanas respecto del momento en que se conoce de él.
 - Presencia y localización de la lesión: existencia de lesiones físicas en zonas vitales o cercanas (cara, nariz, cabeza, lesiones internas) u órganos sexuales (ano, genitales).
 - Constatación de que el agresor ha cometido anteriormente otros actos de maltrato grave o de que se han producido situaciones de maltrato grave en la familia (con otros hermanos, otros adultos, o el mismo niño).

Vulnerabilidad observable en el niño:

- Accesibilidad del agresor al niño: acceso libre de parte del agresor al niño, inexistencia de otro adulto que pueda defenderle ante nueva agresión o amenaza de ello.
- Edad y visibilidad del niño en el entorno: niños de edades inferiores a cinco años, especialmente los menores de un año, que no pueden ser vistos habitualmente por personas ajenas al núcleo familiar, incapacidad de protegerse o cuidarse a sí mismos o de recurrir a terceros solicitando ayuda.
- Características de salud general, salud mental y desarrollo cognitivo del niño: recién nacido con malformación o prematuridad, niño con discapacidad física o psíquica o niño mayor con discapacidad física o mental, niño con enfermedad crónica, niño con conducta difícil, niño o niña no escolarizado o con bajo rendimiento escolar.

Características del cuidador:

- Posible patología psiquiátrica en los padres, historia de conducta violenta en su familia de origen, presencia de incapacidad física, intelectual y/o emocional que limita totalmente, de manera permanente o temporal la capacidad de atender necesidades de un niño.
- Capacidades asociadas a la edad: madre o padre adolescente sin red social suficiente, madre o padre adolescente que vive con su familia extensa pero donde nadie asume una responsabilidad clara sobre el niño.
- Padres con baja tolerancia al estrés, rigidez, baja autoestima.
- Déficit severos en las habilidades del cuidador para la crianza del niño, desconocimiento de necesidades de estimulación, aprendizaje y emocionales del niño.
- Utilización de la violencia como método de disciplina y de castigo.
- Utilización de la agresión verbal de manera constante.
- Abuso de alcohol y/o drogas: incapacidad de parte del cuidador para ejercer rol parental y atender adecuadamente al niño por su adicción a drogas / alcohol.
- Ausencia de indicadores de apego entre el cuidador y el niño, percepción negativa constante del niño.
- Historia de conducta violenta, antisocial o delictiva en padres o cuidadores: comisión de delitos por utilización de violencia o delitos sexuales contra menores o adultos anteriores.

Características del entorno familiar:

- Relación de pareja: existencia de violencia de pareja en padres o cuidadores.
- Presencia de un compañero o padre / madre sustituto que comete el maltrato.
- Inexistencia de condiciones básicas de habitabilidad (sanitarias, equipamiento, espacio) en la vivienda, que constituyan peligro para la salud e integridad física del niño.
- Inexistencia de red de apoyo familiar, aislamiento social.
- Ausencia de conciencia del problema en los padres.
- Respuesta ambigua, agresiva o de rechazo ante el fiscal o profesionales que intervienen en su situación.

medidas accesorias, de protección y cautelares, al Ministerio Público, para los efectos de lo previsto en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

En tales casos, lo que corresponderá será iniciar una investigación por el delito de desacato contemplado en dicho artículo 240, conforme a las reglas generales, sin perjuicio de insistir, eventualmente, en la adopción de las mismas medidas de protección o accesorias ya decretadas por el tribunal de familia u otras, para que sean dispuestas, esta vez, por los propios fiscales o por los tribunales de garantía, a solicitud de los mismos, según corresponda. Cabe tener en cuenta, eso sí, que según el artículo 10, el tribunal de familia, junto con disponer la remisión de los antecedentes al Ministerio Público, puede también imponer el arresto del infractor, hasta por quince días, a título de apremio.

Las resoluciones judiciales incumplidas a que se alude, son aquellas ejecutoriadas o que causen ejecutoria, condenatorias, que imponen sanciones de multa (art. 8°); de medidas (sanciones) accesorias de obligación de abandono del hogar compartido con la víctima, de prohibición de acercarse a la misma, a su domicilio, lugar de trabajo o de estudio y de prohibición de porte o tenencia de arma de fuego (art. 9° letras a), b) y c)); y, aquellas que imponen cualquier tipo de medidas de protección o cautelares, tales como las que enumera ejemplarmente, el artículo 92° de la ley 19.968, entre ellas, la prohibición o restricción de la presencia del ofensor en el hogar común, lugar de estudio o de trabajo de la víctima, las que disponen la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común, las que establecen la prohibición de porte o tenencia de arma de fuego y, las que disponen la reserva de la identidad del tercero denunciante.

De otro lado, el artículo 10°, inciso final, impone a las policías la obligación de detener a quienes sean sorprendidos en incumplimiento flagrante de las medidas accesorias, de protección y/o cautelares.

Entendemos, por la ubicación de la norma y el contexto en el que está inserta, que tal detención debe tener por objeto poner al infractor a disposición del tribunal de familia, quien adoptará las medidas que correspondan al respecto, que como hemos visto, podrán consistir en el apremio y en la remisión de los antecedentes al Ministerio Público. Ello, sin perjuicio de otras actuaciones que en el orden penal a éste puedan corresponder, que se verán más adelante, producto de la comisión de ilícitos penales y de las normas de la ley de tribunales de familia, que asignan intervención derechamente al Ministerio Público.

4. Registro de sanciones.

Siempre en el orden civil, el artículo 12 establece que el Servicio de Registro Civil e Identificación deberá llevar un Registro Especial de las personas que hayan sido condenadas, por sentencia ejecutoriada, como autoras de violencia intrafamiliar, así como de las demás resoluciones que la ley ordene inscribir, para lo cual el tribunal de familia, ejecutoriada que sea la sentencia, deberá oficiarle, individualizando al condenado y la sanción principal y las accesorias aplicadas por el hecho de violencia intrafamiliar, con excepción de la prevista en la letra d) del artículo 9°, sobre tratamientos terapéuticos y de orientación familiar. Todas estas circunstancias deberán constar en el respectivo certificado de antecedentes. Este Registro Especial será puesto en conocimiento del tribunal a solicitud de éste, en los casos regulados en la ley.

Esta norma es muy similar a la que actualmente contiene el artículo 8° de la ley de Violencia Intrafamiliar en su artículo 8°.

II. MATERIAS DE ORDEN PENAL.

El Párrafo 3 de la ley, artículos 13 y siguientes, aborda la violencia intrafamiliar constitutiva de delito, creando un nuevo tipo penal, introduciendo ciertas modificaciones al procedimiento penal y modificando el Código Penal y Ley N° 18.216, sobre Medidas Alternativas a las Penas Privativas o restrictivas de Libertad.

1. Delito de maltrato habitual.

El artículo 14 instaura este nuevo delito, en los siguientes términos:

“Artículo 14. Delito de maltrato habitual. El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5º de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.”

Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria.

El Ministerio Público sólo podrá dar inicio a la investigación por el delito tipificado en el inciso primero, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la ley N° 19.968.”

Se trata, en primer lugar, de un tipo relativamente similar al del artículo 153 del Código Penal español, único antecedente de derecho comparado conocido, subsidiario de delitos más graves, como los delitos de lesiones graves y menos graves, amenazas del art. 296, Nos. 1 y 2 del inciso 1º e inciso 2º, y las del art. 297; violación y abuso sexual mediante violencia o intimidación; e, injurias, dado que todos ellos suponen ataques contra la integridad física y psíquica constitutivos de delitos castigados con penas de mayor entidad. De ahí que, para que pueda aplicarse el nuevo delito de maltrato habitual, habrá que descartar previamente la comisión de cualquiera de esos otros delitos.

El concepto de maltrato, en consecuencia, es un concepto residual, es decir, será maltrato el uso de violencia física en contra de una persona, que no alcance a ser constitutivo de lesiones² y demás delitos que la suponen, así como también las agresiones verbales o no verbales aptas para causar una perturbación psíquica en la víctima. Se trata de un delito de mera actividad, pues lo que se castiga es el solo empleo de la violencia, por lo que no requiere que exista ningún resultado externo. Debe destacarse que el solo hecho de sufrir dolor implica un daño psicológico, de manera que en el caso de maltrato físico el daño es tanto físico como psíquico.

En el caso de maltrato puramente psicológico, éste se refiere a cualquier sentimiento o emoción negativa provocado por el agresor, tales como el miedo a sufrir algún daño físico en su propia persona o en la de algún otro miembro de la familia, provocado por amenazas, o la humillación o sentimiento de menoscabo de la propia valía, a consecuencia de insultos o palabras descalificadoras, amén de sentimientos de rabia e impotencia ante la imposibilidad de defenderse. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos tales conductas serán constitutivas de otros delitos más graves, lo que nuevamente deja de manifiesto el carácter residual del nuevo delito.

En cuanto a la habitualidad, es preciso aclarar que un acto aislado de maltrato no constituye todavía delito, de modo que para que el maltrato sea punible se requiere una reiteración del mismo a lo largo del tiempo, pero todos los episodios de violencia se castigan *como un solo delito*. **Interesa destacar que, con-**

² Esto significa que para el maltrato bastan las *vías de hecho*, las cuales, según la doctrina mayoritaria de nuestro país, no constituyen lesiones, por requerir éstas un menoscabo físico perceptible por los sentidos (sobre este punto, véase el *Derecho penal chileno, Parte especial –Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, de los autores Grisolia, Bustos y Politoff, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1971, págs. 283 y ss.).

forme al inciso 2° del art. 14, no es necesario que el maltrato se dirija siempre contra la misma víctima, pudiendo afectar a cualquier otra persona perteneciente al círculo de sujetos pasivos que prevé la ley.

La habitualidad, que es un elemento descriptivo que ayuda para la interpretación de la concurrencia del delito, no obsta a la aplicación de la agravante de reincidencia si, después de haber sido condenado por este delito, el hechor vuelve a cometer actos de maltrato contra alguna de las personas que señala el art. 5° de la ley. Así se desprende de la oración final del inciso segundo del art. 14, que sólo impide considerar los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria para los efectos de apreciar la habitualidad, lo que equivale a decir que los nuevos actos de maltrato serán constitutivos de un nuevo delito de maltrato habitual.

En otro orden de ideas, la exigencia de un acto que provoque afección a la integridad psíquica, normalmente requerirá de algún tipo de evaluación psiquiátrica o psicológica de la víctima, como elemento necesario para la acreditación del tipo penal, sea que se cuente con antecedentes previos de diagnóstico o de tratamiento o que se obtenga a posteriori de la denuncia.

En este punto, debe tenerse en consideración que la ley N° 19.968, sobre tribunales de familia, en su artículo 85, contempla que los profesionales de la salud que se desempeñen en hospitales, clínicas u otros establecimientos del ramo, al realizar los procedimientos y prestaciones médicas que hubieren sido solicitados, deberán practicar los reconocimientos y exámenes conducentes a acreditar el daño físico o psíquico ocasionado a la víctima, debiendo además conservar las pruebas correspondientes. A tales efectos, deben levantar acta, en duplicado, del reconocimiento y de los exámenes realizados, la que debe ser suscrita por el jefe del establecimiento o de la respectiva sección y por los profesionales que los hayan practicado. Una de las copias le debe ser entregada a la víctima, o a quien la tuviere bajo su cuidado y la otra, así como los resultados de los exámenes, se remitirá al tribunal competente, si lo requiriere.

No obstante, previniendo dificultades normales de operación del sistema público de salud, especialmente de oportunidad, para la participación o asistencia de sus profesionales como peritos al juicio, adicionalmente será de gran importancia obtener cualquier antecedente previo con que pueda contar la víctima y con la ayuda que puedan entregar las Unidades de Víctimas y Testigos dentro del ámbito de sus actuales funciones, para la comprobación del delito, junto con otros medios probatorios que revistan visos de seriedad, de que pueda disponerse.

2. Normas de carácter procesal.

2.1 Requisito de procedencia para la actuación del Ministerio Público.

Como aparece de la trascripción, en el mismo artículo 14 se establece, excepcionalmente, que **el Ministerio Público sólo puede dar inicio a la investigación del delito de maltrato habitual, si el respectivo juzgado de familia le remite los antecedentes**, de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la ley N° 19.968, que les rige, cuyo inciso segundo es sustituido por el artículo 22 letra a) de esta misma ley.

A tal efecto, se ha dispuesto que se sustituye dicho inciso segundo, por el siguiente:

“Si de los antecedentes examinados en la audiencia preparatoria o en la del juicio aparece que el denunciado o demandado ha ejercido violencia en los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, el tribunal los remitirá al Ministerio Público.”

Como puede advertirse, se ha introducido un requisito previo o “de procedibilidad” para la actuación del Ministerio Público en la materia, en la idea de no recargar el sistema penal con denuncias manifiestamente infundadas.

No obstante, dado que por disposición constitucional sólo a este Organismo corresponde la investigación y persecución criminales, entendemos que a los tribunales de familia les estará vedado realizar verdaderas investigaciones preliminares, debiendo limitarse a los antecedentes probatorios que le exhiban las partes en la o las respectivas audiencias, para adoptar la correspondiente decisión.

Por otro lado, del claro sentido de esta norma queda totalmente en evidencia que el requisito previo de que se trata, **se aplica exclusivamente tratándose de delitos de maltrato habitual**.

No rige ni es exigible para otro tipo de delitos, aunque se hayan producido en un contexto de violencia intrafamiliar, respecto de los cuales el Ministerio Público debe continuar actuando de oficio o por denuncia o querrela, de acuerdo con las reglas generales.

Así deberá acontecer, por ejemplo, tratándose de parricidios, homicidios, delitos de naturaleza sexual, lesiones, etc.

Por último, importante es mencionar que una vez cumplido el requisito previo de la remisión por un tribunal de familia, los fiscales dispondrán de todas sus facultades propias para efectuar la investigación y persecución penal, conforme a las reglas generales, a excepción, exclusivamente, de las normas procesales especiales que en esta misma ley se introducen y que se examinan en este capítulo.

2.2 Ámbito de aplicación de las restantes normas procesales especiales.

Las restantes normas de tipo procesal, igualmente de carácter especial, están contenidas en los artículos 15, 16, 17, 18, 19 y 20, del mismo párrafo 3º, que se refieren a medidas cautelares, sanciones accesorias, condiciones para la suspensión del procedimiento, desacatos, improcedencia de acuerdos reparatorios y representación de las víctimas.

Importante resulta dilucidar, en primer término, si tales normas especiales e incluso aquella del artículo 21 que modifica el artículo 494 del Código Penal y que impide calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5º de esta ley, así como las demás disposiciones que los fiscales deben tener en consideración durante la investigación, al formular la acusación y, en general, durante el ejercicio de la acción penal, **se aplican exclusivamente a los delitos de maltrato habitual, o si alcanzan a todos aquellos que se cometen en un contexto de violencia intrafamiliar.**

La ley alude en estas disposiciones a “delitos constitutivos o que constituyan violencia intrafamiliar”.

Teniendo en cuenta el amplio concepto de violencia intrafamiliar del artículo 5º, en el que caben todas las agresiones físicas y síquicas constitutivas de otros delitos tales como homicidios, lesiones, delitos de carácter sexual, etc., y la circunstancia que el texto normativo alude a delitos que constituyan o constitutivos de violencia intrafamiliar, concepto ya antes definido legalmente, y no a los delitos del artículo 14 o a su nomen juris de “maltrato habitual”, nos inclinamos por entender que dichas normas procesales especiales se aplican a toda clase de delitos que se hayan producido dentro del contexto de violencia intrafamiliar de que hablamos.

Apoya tal interpretación, también, el antecedente de que todas las prescripciones de que se trata persiguen, manifiestamente, prevenir o impedir nuevos hechos futuros de violencia intrafamiliar, sea a través de las medidas de protección o cautelares, de las sanciones accesorias, de las condiciones para la suspensión del procedimiento, de la “ejemplarización” vía inhibición de acuerdos reparatorios y aumento de penas y, del fortalecimiento de las posibilidades de defensa y protección de las mujeres, intencionalidad de la ley que no se cumpliría a cabalidad si se restringiera tal aplicación al solo delito de maltrato habitual, existiendo otros delitos de mucha mayor gravedad, igualmente cometidos en el ámbito familiar o entre las personas a que se refiere el artículo 5º, que obedecen a los mismos patrones y ameritan idénticas medidas.

Lamentablemente hasta ahora, no se ha contado con la historia del establecimiento de la ley, en su edición oficial, de manera que una vez que ello ocurra, de ser necesario, se revisará esta interpretación.

Por lo pronto, se instruye a los Srs. Fiscales para que sustenten aquella interpretación para todos los efectos, especialmente para ante los tribunales con competencia en lo penal.

2.3 Necesidad de determinar si un delito común está relacionado con actos de violencia intrafamiliar.

Al margen de lo anterior, **dilucidar si un delito común se inscribe o no en un contexto de violencia intrafamiliar, para determinar, a su vez, la aplicación de estas normas especiales**, es un tema de la mayor trascendencia, pues es posible que algunos eventos delictivos se verifiquen entre personas unidas por los vínculos de parentesco o convivencia previstos en la ley, sin que importe, necesariamente, el contexto de violencia intrafamiliar que se comenta, como cuando con ocasión de una riña o pelea entre miembros de una misma familia se causan lesiones perseguibles penalmente, sin que dicho evento se encuentre precedido por un historial de violencia de este carácter o existan elementos de juicio que hagan prever su repetición. Podría darse el caso, también, que, existiendo antecedentes de otros eventos similares, no se acredite un contexto familiar de intimidación en que se identifiquen situaciones de abuso o vulnerabilidad que hagan necesaria la adopción de resguardos especiales para alguna víctima.

En términos generales, la materialización de una conducta punible entre las personas aludidas en el artículo 5°, bastaría para estimar que concurre la trama que hace procedente la aplicación de las disposiciones especiales de la ley de violencia intrafamiliar. No obstante, en algunos casos particulares o específicos, estas circunstancias pueden resultar insuficientes para estimar que el delito se anota en un contexto de violencia como el requerido, tornando inaplicables por innecesarias las medidas de protección especiales, las restricciones a los acuerdos reparatorios y demás disposiciones contempladas en la ley a este efecto.

En este sentido, el acceso al Registro de Condenas por Violencia Intrafamiliar será fundamental para estimar el “contexto de violencia intrafamiliar” en que eventualmente pueden ser cometidos los delitos comunes. La acreditación de ese “contexto de violencia” es lo que hace procedente la aplicación de medidas especiales de protección y, fundamentalmente, la obligación de los fiscales de solicitar la imposición de las medidas (sanciones) accesorias a que se refiere el artículo 16 de la ley.

La información del Registro, de existir condenas anteriores, tornará sencillo acreditar dicho “contexto”, sin que deba recurrirse a procedimientos más lentos y engorrosos que sólo conseguirían retardar la reacción del sistema, que en esta materia precisa ser ágil y oportuna para conseguir su eficacia.

En conclusión, para determinar si un delito determinado se ha cometido o no en un contexto de violencia intrafamiliar, será necesario efectuar un análisis particularizado, caso a caso, con arreglo a los criterios de evaluación de riesgo y afines que desde el punto de vista teórico y científico se estudian en la temática de la violencia intrafamiliar y que aporta la División de Víctimas y Testigos.³ Como se señalara, la División de Víctimas y Testigos pondrá a disposición de las Unidades de su dependencia y fiscales los antecedentes técnicos necesarios para facilitar esta labor, a la mayor brevedad.

3 Las definiciones de violencia intrafamiliar ponen énfasis en dos conceptos centrales: el concepto de **relación** y el de **abuso**.

El primero de ellos (relación) marca la diferencia existente entre los episodios aislados de agresión, respecto de la instalación de la violencia como una forma de interacción de la familia.

El segundo concepto (abuso) alude al tema del poder en las relaciones familiares. En este sentido, Corsi señala que para que ocurra **maltrato** al interior de la familia, debe existir una situación de **abuso** de poder. Desde esta perspectiva, una correcta definición del maltrato debe considerar la función que ocupan estos actos en relación al establecimiento de poder o control del ofendido.

En relación a lo anterior, es posible diferenciar el concepto de “maltrato” del de “agresión”, puesto que sus resultados en el ofendido pudieran ser similares, sin embargo, la intencionalidad del autor u ofensor es muy distinta.

2.4 Medidas cautelares.

El artículo 15, dispone lo siguiente:

“Artículo 15.- Medidas cautelares. En cualquier etapa de la investigación o del procedimiento sobre delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, y aun antes de la formalización, el tribunal con competencia en lo penal podrá decretar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna, tales como las que establece el artículo 92 de la ley N° 19.968 y las aludidas en el artículo 7° de esta ley.”

Es de destacar que en esta materia la norma persigue ampliar el espectro de medidas posibles, remitiéndose, **sólo en vía ilustrativa**, a aquellas medidas cautelares o de protección que pueden imponer los tribunales de familia, dentro del ámbito de su competencia.

Naturalmente, las medidas cautelares del artículo 92 de la ley de los tribunales de familia, a que puede razonablemente entenderse efectuada la remisión, son aquellas que presenten una naturaleza compatible con la protección o amparo necesario en el ámbito penal, que deriva o se relaciona con la naturaleza del delito cometido, por lo que no cabría al tribunal de garantía incursionar en materias tales como la fijación de alimentos provisorios o la prohibición de celebrar actos y contratos que apunte a salvaguardar el patrimonio familiar sin que tenga relación alguna con el delito investigado. Ahora, si guardare relación, podrán solicitarse e imponerse como medidas cautelares reales que corresponden de conformidad con las propias normas del Código Procesal Penal.

Tales providencias serían, entonces, las de la prohibición o restricción de la presencia del ofensor en el hogar común, lugar de estudio o de trabajo de la víctima, las que disponen la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común, las que establecen la prohibición de porte o tenencia de arma de fuego, las que disponen la reserva de la identidad del tercero denunciante, y todas las que guarden relación con la protección de adultos mayores y personas afectadas por alguna incapacidad o discapacidad, e incluso niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de lo que en definitiva pueda resolver el tribunal de familia.

Por otro lado, como el artículo 7° de la ley, también incluido en la remisión, no enumera medidas cautelares sino que solo alude a su adopción en situaciones de riesgo, las que sí enuncia bajo la fórmula de una presunción, como antes viéramos, cabría entender, entonces, esa referencia, a los eventos habilitantes de la petición y concesión de arbitrios de amparo que allí se contienen, los que no presentan una enumeración taxativa.

En consecuencia, las medidas cautelares posibles serán todas aquellas que, como señala la ley, sean necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna, **y los tribunales de garantía**, a petición de los fiscales (o de las víctimas) pueden adoptar estas providencias o cualquier otra de naturaleza

El concepto de maltrato, como parte del fenómeno de la violencia intrafamiliar, alude a cualquier acción u omisión de una persona, no accidental, que tenga un alto potencial de causar daño a esa persona y donde existe una clara intención de causar daño y de ejercicio de control sobre el ofendido.

Por el contrario, en la agresión, habría un sentido de definir el propio territorio, en donde la agresividad tiene el sentido de “hacer valer su derecho”. El maltrato o la violencia intrafamiliar, por el contrario, romperían los límites del propio territorio y del territorio de otra persona, volviendo la relación confusa e invasiva.

Así, ciertos resultados de afectación de la vida o integridad física o psíquica pudiesen ser resultado de una “agresión”, y no de “maltrato”, como por ejemplo, en situaciones de riña por temas patrimoniales entre hermanos adultos con resultado de lesiones, en robos o hurtos entre familiares consanguíneos, entre otros. Estas situaciones no constituyen una relación de abuso, y por tanto, de cometerse estos delitos, no consistirían en delitos de violencia intrafamiliar.

personal o real que parezca adecuada al carácter o circunstancias del delito, de conformidad con el Código Procesal Penal, arts. 139 y siguientes, 155 y 157, **aún antes de la formalización**, y ello, **sin perjuicio de las medidas de protección que puedan adoptar los fiscales directamente, como es lo habitual**.

2.5 Medidas accesorias.

El artículo 16 consagra sanciones accesorias o adicionales a las que en carácter principal o accesorio contempla la ley penal sustantiva. Son las mismas que deben imponer los tribunales de familia en los asuntos de violencia intrafamiliar de naturaleza civil de que conozcan y están consignadas en el artículo 9º de la ley.

“Artículo 16.- Medidas accesorias. Las medidas accesorias que establece el artículo 9º serán aplicadas por los tribunales con competencia en lo penal, cuando el delito constituya un acto de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate.

El tribunal fijará prudencialmente el plazo de esas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a un año, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Dichas medidas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En el caso de la letra d) del artículo 9º, la duración de la medida será fijada, y podrá prorrogarse, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución respectiva.”

“Artículo 9º.- Medidas accesorias. Además de lo dispuesto en el artículo precedente, el juez deberá aplicar en la sentencia una o más de las siguientes medidas accesorias:

- a) **Obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima.**
- b) **Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o de estudio. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.**
- c) **Prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director de Servicio respectivo, para los fines legales y reglamentarios que correspondan.**
- d) **La asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. Las instituciones que desarrollen dichos programas darán cuenta al respectivo tribunal del tratamiento que deba seguir el agresor, de su inicio y término.**

El juez fijará prudencialmente el plazo de estas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a un año, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Ellas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En el caso de la letra d), la duración de la medida será fijada, y podrá prorrogarse, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución respectiva.”

En cumplimiento del mandato de estas disposiciones, los fiscales habrán de tener en cuenta estas sanciones accesorias al formular sus requerimientos y acusaciones, instando por su imposición, cuando así corresponda.

2.6 Condiciones para la suspensión del procedimiento.

En esta materia, se ha ampliado la enumeración de las condiciones posibles contempladas en el artículo 238 del Código Procesal Penal para los efectos de las suspensiones de procedimiento, con las mismas circunstancias previstas como medidas o sanciones accesorias en el artículo 9º, ya transcritas. Esta ampliación, según la interpretación antes adoptada acerca del alcance de las disposiciones procesales de carácter especial, debe entenderse que rige para todos los delitos que se hayan cometido en un contexto de violencia intrafamiliar.

Su texto es el siguiente:

“Artículo 17.- Condiciones para la suspensión del procedimiento. Para decretar la suspensión del procedimiento, el juez de garantía impondrá como condición una o más de las medidas accesorias establecidas en el artículo 9º, sin perjuicio de las demás que autoriza el artículo 238 del Código Procesal Penal.”

Cabe destacar el carácter imperativo de la norma transcrita, que importaría que necesariamente al menos una de las condiciones del artículo 9º debe imponerse para poder decretar la suspensión del procedimiento, sin perjuicio o además de las contenidas en el artículo 238 del C. P. P.

Sin embargo, como las nuevas condicionantes introducidas, excepto solamente la prohibición de porte y tenencia de arma de fuego, ya están conceptualmente subsumidas en las contenidas en el referido Código y éste también prevé que sea una o más las que se atribuyan, no deberían suscitarse dificultades de interpretación en su aplicación.

2.7 Incumplimientos y descatos.

Al igual que en el caso de los incumplimientos de las resoluciones de los tribunales de familia, el artículo 18 previene, mediante una remisión al artículo 10º, que la vulneración de lo resuelto por los tribunales en lo penal, en cuanto a medidas cautelares, medidas (o sanciones) accesorias del artículo 9º y condiciones de la suspensión del procedimiento, dará lugar a que el tribunal ponga los antecedentes en conocimiento del Ministerio Público para lo previsto en el artículo 240 del C. P. C., sin perjuicio de la medida de arresto como apremio.

El tenor de las normas es el siguiente:

“Artículo 18.- Sanciones. En caso de incumplimiento de las medidas a que se refieren los artículos 15, 16 y 17, se aplicará lo dispuesto en el artículo 10.”

Artículo 10.- Sanciones. En caso de incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias decretadas, con excepción de aquella prevista en la letra d) del artículo 9º, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días.

La policía deberá detener a quien sea sorprendido en quebrantamiento flagrante de las medidas mencionadas en el inciso precedente.”

Podría surgir la duda acerca de la autonomía que podrían tener los fiscales para investigar y perseguir estos desacatos, dada la remisión a la norma que considera que el tribunal debe efectuar la comunicación.

No obstante, tratándose de infracciones de resoluciones dictadas por tribunales en lo penal, normalmente producto del ejercicio de acciones y pretensiones del propio Ministerio Público, que dan lugar a acción penal pública para su persecución, no se requiere recibir la comunicación del tribunal de lo penal para actuar. Por cualquier vía que se tome conocimiento del incumplimiento de las anotadas resoluciones, inclusive de oficio, se dará lugar al inicio de la investigación.

Lo mismo acontece respecto de las resoluciones del orden civil, sólo que en tales casos, es altamente improbable que los fiscales tomen conocimiento de ello, a menos que les sea denunciado.

Por otra parte, de conformidad con el inciso final del artículo 10, la policía deberá detener a quien sea sorprendido en quebrantamiento flagrante de las medidas mencionadas en el inciso precedente, que son las cautelares o accesorias decretadas.

Esta facultad, primitivamente concebida para la vulneración de las señaladas providencias, pero de carácter civil, la entendemos también aplicable a los incumplimientos del orden penal, por efectos de la remisión íntegra que se hace al artículo 10.

2.8 Improcedencia de acuerdos reparatorios.

El artículo 19 dispone, en términos absolutos, que en los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal.

Como señalamos antes, entendemos que esta limitación opera para todo tipo de delitos que se inscriban en el concepto de violencia intrafamiliar, delimitado caso a caso en la forma que antes se señaló.

Por consiguiente, ni aún en los casos de lesiones menos graves o de delitos culposos, relacionados o constitutivos de violencia intrafamiliar, se podrá convenir acuerdos reparatorios.

2.9 Representación judicial de la víctima.

Finalmente, el artículo 20 prescribe lo siguiente:

“Artículo 20.- Representación judicial de la víctima. En casos calificados por el Servicio Nacional de la Mujer, éste podrá asumir el patrocinio y representación de la mujer víctima de delitos constitutivos de violencia intrafamiliar que sea mayor de edad, si ella así lo requiere, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 109 del Código Procesal Penal.

Para el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, el Servicio podrá celebrar convenios con entidades públicas o privadas.”

Tal como señalamos con antelación, no contamos aún con la historia fidedigna completa del establecimiento de la ley, lo que nos impide hacer una interpretación más definitiva del alcance de esta norma, cuya redacción fue modificada en sucesivas ocasiones y finalmente su texto quedó fijado en Comisión Mixta, en el último trámite.

Teniendo en cuenta el concepto de intervinientes que el C.P.P. consagró en el artículo 12 y la estructura del procedimiento penal, que considera que la víctima siendo capaz actúa por sí misma, sin necesidad de constituir patrocinio ni representación judicial, a menos que se querelle, en principio parecería que la intervención del Servicio Nacional de la Mujer debería circunscribirse a los casos en que la víctima resuelve presentar querrela o ejecutar actuaciones formales.

Sin embargo, la agregación de la oración “para los efectos de lo dispuesto en el artículo 109 del Código Procesal Penal”, que finalmente se introdujo a este texto, parecería perseguir otro sentido, cual sería que aquel Servicio Público la pueda representar en toda clase de intervenciones y actuaciones, sin que sea exigible la previa presentación de una querrela.

Sin perjuicio de la interpretación que podamos intentar una vez que contemos con mayores antecedentes, por ahora, atendiendo al sentido de la ley vigente y principios básicos del nuevo proceso penal, en especial el de inmediatez, concluimos que el concepto de patrocinio y representación judicial que contiene el artículo 20 en examen, referido a los efectos del artículo 109 del Código Procesal Penal, debe necesariamente reflejarse en tramitaciones que den naturalmente lugar a presentaciones formales, tales como las querrelas, ejercicio de acciones civiles, o peticiones muy concretas, pero no puede llevar a sustituir físicamente a la víctima en las audiencias en que está prevista su presencia, o ante el fiscal, por la necesidad ineludible de contar con su versión o apreciación de los hechos y/u opinión, según los casos, precisamente por tratarse de materias penales en las que debe intentarse reconstituir la forma de ocurrencia de hechos pasados, de la cual dependerá la aplicación de una sanción de la mayor entidad, cual es la afeción en derechos básicos, a quien se determine autor del delito.

En cualquier caso, mediando la voluntad expresa de la víctima mujer y mayor de edad, como en cualquier evento, los abogados del Sernam podrán actuar conforme a los procedimientos que el Código contempla, al igual que aquellos con quienes él mismo convenga, sean de entidades públicas o particulares.

La disposición, más bien, apunta a habilitar a los abogados funcionarios de aquel Servicio, que por principio de legalidad requieren de facultades expresas, para intervenir en procedimientos judiciales y a la Repartición misma, por idénticas razones, para celebrar convenios al efecto con instituciones públicas y privadas.

III. MODIFICACIONES DE OTROS TEXTOS LEGALES.

1. El artículo 21, ubicado en el párrafo 4º, introduce las siguientes **modificaciones al Código Penal**:

a) Intercala, en la circunstancia 4ª del artículo 11, a continuación de la expresión “a su cónyuge”, las palabras “o su conviviente”, con lo cual se incluye en la atenuante de responsabilidad de haberse ejecutado el delito en vindicación próxima de una ofensa grave causada con antelación al autor o a su cónyuge o parientes que allí se señalan, a la venganza de esas características con respecto a las ofensas inferidas a los convivientes.

b) En el artículo 390, suprime la frase “sean legítimos o ilegítimos”, así como la coma (,) que le sigue, y la palabra “legítimos” que sigue al término “descendientes”, e intercala, a continuación del vocablo “cónyuge”, la expresión “o conviviente”, de forma que junto con adaptar el texto del parricidio a la nueva legislación civil en materia de parentesco, amplía tal calificación incluyendo el delito de homicidio cometido en la persona del conviviente.

c) Sustituye el artículo 400, por el siguiente:

“Artículo 400. Si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de alguna de las personas que menciona el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, o con cualquiera de las circunstancias Segunda, Tercera o Cuarta del número 1° del artículo 391 de este Código, las penas se aumentarán en un grado.”

En consecuencia, el aumento de la pena para los delitos de lesiones corporales contemplados en el párrafo 3° del Título VIII del Libro II, se extiende a todos aquellos que afecten, o más bien, que se cometan entre las personas de los integrantes del círculo que determina la violencia intrafamiliar, señalados en el artículo 5° de la ley en comentario, esto es, entre quienes tengan o hayan tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sean parientes por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

Igualmente, procederá tal aumento de pena cuando la conducta referida ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar del que forme parte o con el que se relacione de la forma antes dicha el ofensor.

Ello, sin perjuicio de mantenerse, obviamente, el aumento de pena previsto actualmente para las lesiones corporales del mismo párrafo, ejecutadas con cualquiera de las circunstancias Segunda, Tercera o Cuarta del número 1° del artículo 391 del Código.

d) Agrega la siguiente oración al final del N° 5 del artículo 494:

“En ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar.”

Tal modificación importa que los ilícitos de lesiones corporales provocadas **entre** personas mencionadas en el artículo 5° de la ley, según enumeración ya señalada, no podrán ser, bajo ninguna circunstancia y a pesar de la calidad de los individuos y de las circunstancias del hecho, calificadas como leves y, por lo mismo, **nunca darán lugar a una falta penal, sino que necesariamente, al menos, al delito de lesiones menos graves del artículo 399.**

2. Por su parte, el artículo 22 de la ley introduce las siguientes modificaciones en la ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia:

a) Sustituye el inciso segundo del artículo 90, por el siguiente:

“Si de los antecedentes examinados en la audiencia preparatoria o en la del juicio aparece que el denunciado o demandado ha ejercido violencia en los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, el tribunal los remitirá al Ministerio Público.”

Como ya se comentara en el punto 2.1, a propósito de las modificaciones de orden procesal que esta ley introduce, importa que para los efectos de la investigación y persecución del delito de maltrato habitual, el tribunal de familia debe remitir los antecedentes que estime sean constitutivos del mismo al Ministerio Público, como requisito de procedencia para las actuaciones de este último.

b) Reemplaza la primera oración del número 1 del artículo 92, por la siguiente:

“Prohibir al ofensor acercarse a la víctima y prohibir o restringir la presencia de tal ofensor en el hogar común y en el domicilio, lugar de estudios o de trabajo de ésta.”.

Con ello se amplían los términos de la primera de las medidas cautelares que tal disposición considera, actualmente referida solo a prohibir o restringir la presencia del ofensor en el hogar común, lugar de estudios o de trabajo de la víctima, para incluir la posibilidad de decretar la prohibición de acercamiento a la víctima, en cualquier lugar, y en el domicilio de la misma, no necesariamente el hogar común.

c) Sustituye el artículo 94, por el siguiente:

“Artículo 94.- Incumplimiento de medidas cautelares. En caso de incumplimiento de las medidas cautelares, el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. Sin perjuicio de ello, impondrá al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días.”.

Esta modificación importa que el apremio necesariamente debe consistir en arresto hasta por quince días, y no como se preveía anteriormente, en arresto nocturno, sustituible por simple arresto solo en casos de quebrantamiento.

3. Finalmente, el artículo 23, modifica la ley N° 18.216, sobre Medidas Alternativas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad, intercalando en el inciso primero de su artículo 30, a continuación de la expresión “Código Penal”, la siguiente oración, precedida de una coma (,): **“o de los delitos contra las personas que sean constitutivos de violencia intrafamiliar”.**

Ello importa que, tratándose de delitos cometidos en el ámbito de la violencia intrafamiliar, en los términos ya precisados, el tribunal podrá imponer como condición al condenado, para el otorgamiento de cualquiera de los beneficios previstos en dicha ley, que no ingrese ni acceda a las inmediaciones del hogar, establecimiento educacional o lugar de trabajo del ofendido.

Es de destacar que el inciso cuarto de esta disposición, introducida por la ley N° 19.617, publicada en el D. O. de 12.07.99, prevé que tratándose de la prohibición de ingresar o acercarse al hogar, el tribunal la revocará si la víctima fuere cónyuge o conviviente del condenado y así lo solicitare, a menos que el tribunal tuviere fundamento para estimar que la solicitud es consecuencia de la coacción ejercida por el condenado o que la revocación pudiese poner en peligro a menores de edad.

IV. VIGENCIA DE LA LEY Y DEROGACIÓN DE LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR ANTERIOR.

Según el artículo 25, la presente ley comienza a regir el 1 de octubre de 2005, misma fecha de la entrada en vigor de la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, conforme lo dispone su artículo 134.

También desde esa fecha, por disposición de su artículo 26, queda derogada la ley N° 19.325, actual Ley de Violencia Intrafamiliar, sin perjuicio que sus normas de procedimiento subsistirán para la continuación de la substanciación de las causas que de conformidad con lo dispuesto en el artículo segundo transito-

rio de la ley N° 19.968, se encontraran radicadas a esa data en los tribunales con competencia en lo civil, las que se ajustarán a las normas procesales vigentes a su inicio hasta la sentencia de término.

En consecuencia, **en el orden civil**, las materias de violencia intrafamiliar ya radicadas en tribunales civiles continuarán siendo substanciadas en ellos conforme a la legislación procesal vigente a la fecha de su inicio y, aquellos juicios por iniciarse, a partir del 1 de octubre, deberán substanciarse conforme con la nueva legislación, ante los tribunales de familia, aunque se refieran a hechos acaecidos con anterioridad.

En el **orden penal**, en cambio, es de recordar que por disposición del artículo Trigésimo Sexto Transitorio de la Constitución Política de la República, actual Octavo del Texto Refundido Coordinado y Sistematizado fijado por Decreto N° 100, 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en concordancia con lo previsto en los artículos 4º transitorio de la ley orgánica constitucional del Ministerio Público N° 19.640 y 483 y 484 del Código Procesal Penal, **al Ministerio Público corresponde intervenir exclusivamente respecto de hechos acaecidos con posterioridad a su instalación y a la respectiva entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal en las respectivas regiones del país.**

Es más, es de advertir que incluso en el evento de detectarse por los tribunales de familia en los procesos que se rigen por la nueva normativa de la ley 20.066, hechos que revistan caracteres de delitos producidos en el contexto de la violencia intrafamiliar, ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo proceso penal en las respectivas regiones del país, estos deberán ser de conocimiento de los tribunales del crimen, de conformidad con el sistema antiguo.

Ello, sin perjuicio, además, de que, naturalmente, el delito de maltrato habitual y demás modificaciones de carácter penal, solamente podrán aplicarse a hechos acontecidos con posterioridad a la entrada en vigor de las normas que los introducen, el 1 de octubre próximo, habida excepción únicamente de la aplicación de la norma más beneficiosa para el imputado, de darse el caso.

Por último y según el mismo artículo 26, toda referencia legal o reglamentaria a la Ley de Violencia Intrafamiliar, N° 19.325, debe entenderse hecha a la presente ley, de forma que las referencias a la misma contenidas en la propia ley en informe quedan cubiertas por esta remisión.

V. ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO CONTEMPLADAS EN LEY N° 19.968 QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA.

1. Adopción de medidas cautelares.

El artículo 81 de esta ley, a propósito de la competencia y procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar ante los tribunales de familia, en los incisos segundo, tercero y cuarto contempla lo siguiente:

"En todo caso, cualquier tribunal que ejerza jurisdicción en asuntos de familia, fiscal del Ministerio Público o juez de garantía según corresponda, que tome conocimiento de una demanda o denuncia por actos de violencia intrafamiliar, deberá, de inmediato, adoptar las medidas cautelares del caso, aun cuando no sea competente para conocer de ellas.

En caso de concurrir conjuntamente como víctimas de violencia intrafamiliar personas mayores y niños, niñas o adolescentes, el juez podrá siempre adoptar las medidas de protección en conformidad a la ley.

El procedimiento por actos de violencia intrafamiliar se regirá por las normas contenidas en este Párrafo y, en lo no previsto en ellas, por el Título III de esta ley."

Sin perjuicio que la redacción es claramente deficiente, porque alude a los fiscales en la idea de funcionarios u órganos que ejercen jurisdicción y resuelven la concesión de medidas cautelares, cuyo no es el caso, naturalmente, intentando darle un sentido que apunte a que la norma produzca sus efectos también respecto de los fiscales, pero sin sobrepasar las funciones que constitucional y legalmente les corresponden, puede interpretarse que, en los casos de que conozcan, deben procurar, con prioridad, la adopción de las medidas de protección que estén a su alcance y la solicitud al tribunal de garantía, de las medidas cautelares que correspondan, de acuerdo con el Código Procesal Penal y artículo 92 de esta ley.

2. Detenciones por flagrancia y controles de detención.

El artículo 83 prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 83. Actuación de la policía. En caso de violencia intrafamiliar que se esté cometiendo actualmente, o ante llamadas de auxilio de personas que se encuentren al interior de un lugar cerrado u otros signos evidentes que indicaren que se está cometiendo violencia intrafamiliar, los funcionarios de Carabineros o de la Policía de Investigaciones deberán entrar al lugar en que estén ocurriendo los hechos, practicar la detención del agresor, si procediere, e incautar del lugar las armas u objetos que pudieren ser utilizados para agredir a la víctima. Deberán, además, ocuparse en forma preferente de prestar ayuda inmediata y directa a esta última.

El detenido será presentado inmediatamente al tribunal competente, o al día siguiente si no fuere hora de despacho, considerándose el parte policial como denuncia. Si no fuere día hábil, el detenido deberá ser conducido, dentro del plazo máximo de 24 horas, ante el juez de garantía del lugar, a fin de que éste controle la detención y disponga las medidas cautelares que resulten procedentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 de esta ley.”

Cabe recordar a estos efectos, que tanto la definición legal del concepto de violencia intrafamiliar que contiene el artículo 1º de la ley Nº 19.325, vigente a la fecha de dictación de la ley Nº 19.968, como el que actualmente se incluye en el artículo 5º de la ley Nº 20.066 que motiva este instructivo, son de una amplitud tal que abarcan delitos y faltas penales junto con ilícitos civiles.

La ley, además, no hace una clara distinción, a través de su articulado, las competencias y atribuciones del orden penal y civil.

En consecuencia, la flagrancia de que se trata, puede no estar necesariamente referida a ilícitos penales, puesto que incluso el nuevo delito de maltrato habitual, que incluye la sola agresión psicológica, requiere de la apreciación de elementos de carácter técnico y jurídico que las policías no tendrán a su disposición o que no están llamadas a calificar.

Es más, por la excepcionalidad de la norma, que le asigna un carácter de especialidad, debemos entender que habilita para practicar detenciones que el propio C.P.P. no autoriza, como en casos de faltas penales, por ejemplo.

Ahora bien, como se está hablando de detenciones y de audiencias de control de las mismas, es necesario determinar la participación que en éstas puede haber al Ministerio Público.

Teniendo en cuenta las normas constitucionales y legales que gobiernan imperativamente al Ministerio Público y le fijan sus atribuciones, necesariamente tenemos que entender que su participación debe quedar restringida al ámbito que le es propio, esto es el penal.

Así las cosas, las detenciones que se practiquen en situaciones de flagrancia por hechos que no constituyan delitos o faltas penales, darán lugar a la intervención de los tribunales de familia, quienes serán los competentes para determinar la legalidad de las detenciones y la adopción de las medidas de protección y/o cautelares que la misma ley N° 19.968 contempla, para lo cual le asigna facultades expresas.

Ante tales tribunales, en audiencias y procedimientos por materias de naturaleza civil, no cabe participación alguna al Ministerio Público.

En cambio, si en razón de tener que efectuarse dichas audiencias en días en que no funcionan los tribunales de familia, deben celebrarse ante tribunales de garantía, podrá haber en las mismas participación a los fiscales, en la medida que los antecedentes de la flagrancia entreguen indicios de la comisión de cualquier clase de delito penal, incluidas las faltas, naturalmente, caso en el cual, contarán con todas las atribuciones y obligaciones normales que el Código Procesal Penal les otorga y acuerda y, con las especiales que derivan de la nueva ley de violencia intrafamiliar, N° 20.066, especialmente en materia de medidas de protección y cautelares.

Obviamente, la apreciación de los antecedentes fundamentales de la detención, deberán ser apreciados por los propios fiscales, como es lo habitual, para determinar la participación que pueda haberles.

VI. MODIFICACIONES A LA LEY DE MENORES N° 16.618. DECLARACIÓN DE DISCERNIMIENTO DE MENORES DE 18 Y MAYORES DE 16 AÑOS.

La ley N° 19.968, cuya vigencia como se ha dicho es a partir del 1 de octubre del presente año 2005, en su artículo 121, introdujo diversas modificaciones a la ley N° **16.618**, algunas de ellas de interés del Ministerio Público, que son las siguientes:

1. Desde luego, dispuso la derogación de los artículos 18 a 27, que corresponden al título III, sobre la Judicatura de Menores, su Organización y Atribuciones, lo que resulta ser la lógica consecuencia de su sustitución por los tribunales de familia.

2 . Sustituyó el artículo 28, sobre declaración de discernimiento, por el siguiente:

“Artículo 28.- Cuando a un mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad se le atribuyere un hecho constitutivo de delito, la declaración previa acerca del discernimiento será emitida por el juez de garantía competente, a petición del Ministerio Público, en el plazo de quince días. Con dicho objetivo, se citará a una audiencia a todos los intervinientes, previa designación de un defensor para el menor si no tuviere uno de su confianza, a la que deberán concurrir con todos sus medios de prueba. Si se declarare que el menor ha obrado con discernimiento, el proceso se regulará de acuerdo a lo previsto en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal, cualquiera sea la pena requerida por el fiscal.

Encontrándose firme la resolución del juez de garantía que declare que el menor ha actuado sin discernimiento, la comunicará al juez de familia, a fin de que este último determine si corresponde la aplicación de alguna de las medidas contempladas en el artículo 29.

En el evento de que se declare que el menor ha actuado con discernimiento, el fiscal podrá igualmente ejercer las facultades contempladas en el Párrafo 1° del Título I del Libro II del Código Procesal Penal o deducir los respectivos requerimientos o acusaciones.”.

Como se advierte, con ello se ha simplificado el procedimiento, radicando todas las declaraciones de discernimiento en los tribunales de garantía, a diferencia de la situación preexistente, en que según la pena asignada al delito conocía de las mismas el tribunal de menores o el de garantía. Igualmente se eliminó la obligación de oír al Servicio Nacional de Menores, no obstante lo cual, igualmente puede acudir a este organismo, para la obtención de peritajes.

Sin embargo, dada la refundición del antiguo texto, que se aprecia que se hizo, que distinguía las situaciones según el tribunal competente y la gravedad de las penas, aparentemente se ha extendido la aplicación de los procedimientos del Título I del Libro IV del C. P. P. a todos los casos que afecten a menores declarados con discernimiento, cualquiera sea la pena requerida.

Sin embargo, habrá de tenerse debidamente en cuenta que en el inciso final, al reproducirse la facultad actualmente existente de los fiscales para ejercer las facultades de archivo provisional, no iniciar investigación o de aplicar principio de oportunidad, igualmente se alude a requerimientos o acusaciones, con lo cual, se está controvirtiendo lo antes señalado sobre aplicación de procedimientos simplificados, a todo evento.

Producida la contradicción en el propio texto, no cabe sino acudir a la invocación del tenor de la norma actual, que demuestra que esa prescripción estaba referida a los casos de hechos constitutivos de faltas o de simples delito que la ley no sanciona con penas privativas o restrictivas de libertad, o que no excedan de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, cuya declaración previa acerca del discernimiento era emitida por el juez de garantía.

En cambio, ahora, es el mismo legislador del nuevo artículo 28, quien en el inciso final alude, entre las facultades de los fiscales, una vez declarado que el menor actuó con discernimiento, a las posibilidades alternativas de formular requerimientos **o acusaciones**, con lo cual se demuestra que también contempló la posibilidad de realización de juicios ordinarios y abreviados.

Una interpretación diferente llevaría al absurdo de obligar a tramitar todos los enjuiciamientos de menores declarados con discernimiento, bajo la forma del procedimiento simplificado, aunque los ilícitos y las penas requeridas sean de la mayor gravedad, como por ejemplo en crímenes de parricidios, homicidios, lesiones graves, violaciones y demás abusos de carácter sexual, robos con violencia, etc., lo que no solo afecta el ejercicio de la acción penal sino que también limita el derecho a la defensa de los imputados.

Por otro lado, a pesar de que se omitió la referencia a la formalización previa al discernimiento, que se contiene en el artículo 28 actual, lo que podría eventualmente entenderse que reviste trascendencia, por el hecho que para la obtención de medidas cautelares personales de prisión preventiva se requiere de la formalización previa, especialmente respecto de delitos que tienen pena asignada superior a presidio o reclusión menor en grado mínimo, esto es los de mayor gravedad, en los cuales es normal que se solicite, se estima que ello no es así, porque el trámite del discernimiento ante el mismo juez de garantía no impide la formalización.

En efecto, el concepto jurídico y legal de la formalización en tanto simple comunicación al imputado del hecho de estarse efectuando una investigación, le da la posibilidad al mismo imputado de ejercer su derecho a defensa.

Por lo demás, la misma norma en comentario considera que de optarse en definitiva por el procedimiento simplificado, el requerimiento debe hacerse una vez concluido el trámite del discernimiento, lo que deja en evidencia que todo se gestiona en un mismo procedimiento.

Por eso, en concepto de este Fiscal Nacional, la formalización debe efectuarse de todas maneras, en

la misma audiencia en que se pide la declaración del discernimiento, misma oportunidad en que, de proceder, por la naturaleza y circunstancias del delito, se deben pedir las medidas cautelares que correspondan.

Por último, se omitió también esta vez la mención expresa del recurso de apelación, que antes estaba previsto respecto de las resoluciones del juez de menores que declaraban la falta de discernimiento, que eran las situaciones de mayor gravedad para el M.P., con lo cual las resoluciones del tribunal de garantía quedarán ahora sujetas a las reglas generales.

En todo caso, igualmente de acuerdo con el artículo 370 del C.P.P., tal recurso procederá respecto de las resoluciones que nieguen lugar al discernimiento, desde que ponen término al procedimiento o harían imposible su prosecución, máxime si ahora serán expedidas en el mismo procedimiento en el que se tramita la formalización y se gestionan las cautelares a que haya lugar.

Ratifica esta interpretación el mismo artículo 28 en comentario, pues en el inciso segundo alude a que **sólo una vez que la resolución que declara que el menor ha actuado sin discernimiento se encuentre firme**, se le comunicará al juez de familia, para la aplicación de las medidas del artículo 29, esto es las “seguridad”, protección o tratamiento que allí se contemplan.

3. Se sustituye en el encabezamiento del artículo 29, la frase **“En los casos previstos en el artículo 26 N° 10 de esta ley”**, por **“En los casos previstos en el artículo 8°, número 10), de la ley que crea los juzgados de familia”**, lo que implica corregir la referencia para la aplicación de las medidas de protección y /o de restricción o tratamientos a menores a quienes se impute un hecho punible, que hayan obrado sin discernimiento.

4. Se reemplaza en el encabezamiento del artículo 30, la frase

“En los casos previstos en el artículo 26, N° 7°”, por **“En los casos previstos en el artículo 8°, números 7) y 8), de la ley que crea los juzgados de familia”**, para adecuar la cita que permite la adopción de las medidas de protección respecto de menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección.

5. Se derogan los artículos 34, 35, 36, 37, 40 y 48 bis, que se refieren a procedimientos antes los tribunales de menores.

6. Se suprimen en el artículo 65, los textos **“dependiendo de la pena que la ley asigne al hecho”** y **“o del juez de letras de menores”**, para adaptar su contenido a las modificaciones anteriores en materia de discernimiento, quedando de la siguiente forma:

“Art. 65. Cuando en una investigación apareciere comprometido un menor como autor, cómplice o encubridor, el Ministerio Público deberá ponerlo a disposición del juez de garantía recabando la declaración sobre el discernimiento cuando corresponda, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso siguiente.

Las disposiciones de esta ley no impedirán la realización de actuaciones de investigación por el Ministerio Público ni el ejercicio de las facultades privativas de los tribunales ordinarios de justicia.”

VII. INCIDENCIA ESTADÍSTICA DE LA CALIFICACIÓN DE DELITOS DE MALTRATO HABITUAL Y DE DELITOS COMUNES OCURRIDOS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

La carencia de datos estadísticos debidamente clasificados en materia de violencia intrafamiliar, fue una de las graves dificultades con que se enfrentó la tramitación de esta ley, por carecerse de los elementos de juicio necesarios para cuantificar la carga de trabajo que las innovaciones a introducir representarían para el Ministerio Público, y en definitiva para todo el sistema penal, así como ahora se dificultan también la adopción de criterios de actuación y de medidas de administración, elementales, motivo por el cual, existe la urgente necesidad y altas expectativas, de poder contar con información confiable, de este carácter, en el nuevo esquema que se presentará a partir del 1 de octubre, en el que al Ministerio Público cabe una importante participación.

Por ende, será de gran trascendencia contar con registros adecuados y confiables, que entreguen información oportuna, para el uso de este mismo Organismo y eventualmente de otros integrantes del sistema penal y autoridades en general.

Para ello, se deberá dejar debida constancia y registro de la circunstancia de haberse cometido el delito en un contexto de violencia intrafamiliar. Dado el grado de subjetividad y de tecnicismo que la calificación presenta, necesariamente deberá ser efectuada por el fiscal a cargo de la investigación o por el abogado asistente que le apoye.

Por ahora y mientras no se cuente con una funcionalidad específica en el Sistema Computacional de Apoyo a los Fiscales (SAF), a contar del 01 de octubre de 2005, las fiscalías locales deberán registrar de manera idónea los delitos de maltrato habitual y los delitos comunes, tales como parricidio, homicidio, lesiones, agresiones sexuales u otros, que los fiscales estimen que se han producido en un contexto de violencia intrafamiliar, debiendo regularizarse a posteriori la información en el SAF, tan pronto como dicha herramienta lo permita y les sea oportunamente informado.

En cualquier caso, el registro provisorio que se implemente deberá permitir el rescate de la información necesaria a nivel de casos, delitos y relaciones, para estructurar informes estadísticos desde el primer día de vigencia de la nueva ley.

VIII. APOYO DE UNIDADES ESPECIALIZADAS.

Finalmente, en consideración a la trascendencia, especialidad y complejidad de las nuevas normas a que el presente texto se refiere, que presentan grandes desafíos en su interpretación y aplicación, se continuarán los estudios de esta legislación, que puedan servir de apoyo y orientación a los fiscales y se organizarán seminarios especializados de capacitación con la misma finalidad.

Junto con ello, una nueva Unidad Especializada en creación, y la División de Víctimas y Testigos, darán preferencia en su quehacer a estas labores y estarán a disposición de los fiscales y Asesores Regionales, para coordinar la puesta en práctica de procedimientos y solución de las dificultades que se vayan produciendo, propias de toda nueva legislación que cambia de manera radical un sistema de administración de justicia.

Agradeceré a los Srs. Fiscales Regionales distribuir este oficio a todos los fiscales adjuntos y adoptar las medidas que procedan a fin que quienes deban intervenir en investigaciones y procesos por delitos de maltrato habitual y demás delitos comunes que sean generados o relacionados a un contexto de violencia intrafamiliar, estén debidamente informados de la nueva legislación a que se refiere este oficio y de los

critérios generales de actuación adoptados por este Fiscal Nacional, sin perjuicio de las instrucciones específicas que les puedan ser impartidas por Uds. en sus correspondientes territorios, en los casos concretos que les corresponda intervenir o se les consulten.

Saluda atentamente a UDS.,

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

GPR/MEMT/IFS/SPW/ /crz



GENERAL MACKENNA 1369 - 2° PISO - SANTIAGO CHILE
FONO-FAX: (2) 690 91 00
E-mail: fnacional@minpublico.cl