

# Boletín del Ministerio Público

N° 21 - Diciembre 2004

**Fiscal Nacional y Representante Legal:***Guillermo Piedrabuena Richard***Comité Editorial:***Pablo Campos Muñoz  
Coordinador**Blanca Alarcón Zúñiga  
Iván Fuenzalida Suárez  
Marta Herrera Seguel  
Ricardo Mestre Araneda***Colaboradores:***Andrea González Leiva**Sandra Luco Castro  
Bibliotecaria Documentalista**Anriette Silva Fierro  
Secretaria**Marcos Muñoz Bravo  
Digitador*

*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](mailto:ifuenzalida@minpublico.cl)*

*Teléfono: 6909290*

## ÍNDICE

### PRÓLOGO

### I. FALLOS

#### Juzgados de Garantía

- Declara ilegal la detención efectuada al amparo del artículo 85 del Código Procesal Penal. **Tribunal de Garantía de Los Andes**, dieciséis de noviembre de dos mil cuatro. 11
- Condena al acusado a las penas de novecientos días de presidio menor en su grado medio como autor del delito de lesiones graves gravísimas, dos multas de 4 U.T.M. cada una como autor de dos delitos falta de lesiones leves y accesorias legales. **Tribunal de Garantía de Castro**, once de diciembre del año dos mil cuatro. 17

#### Tribunales de Juicio Oral en lo Penal

- Condena al acusado a las penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, multa de 40 U.T.M., accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica**, uno de noviembre de dos mil cuatro. 27
- Condena al acusado a la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de homicidio calificado en grado de frustrado. Condena, además, al pago de la suma de \$10.000.000 por concepto de daño moral. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta**, tres de noviembre del año dos mil cuatro. 39
- Condena a uno de los acusados a las penas de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, cien días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor de los delitos de homicidio simple y lesiones menos graves, y al otro acusado a las penas de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, dos años de presidio menor en su grado medio y cien días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa, como autor de los delitos de homicidio simple frustrado, lesiones graves y lesiones menos graves. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt**, dos de diciembre de dos mil cuatro. 53
- Condena a los acusados a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autores del delito de robo en dependencias de un lugar habitado. **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta**, veintisiete de diciembre del año dos mil cuatro. 79

#### Cortes de Apelaciones

- Rechaza recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público en contra del Juez de Letras y Garantía de Puerto Montt. **Corte de Apelaciones de Puerto Montt**, tres de septiembre de dos mil cuatro. 95

- Acoge, en voto dividido, recurso de nulidad presentado por el Ministerio Público por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. **Corte de Apelaciones de Antofagasta**, veintiocho de octubre del dos mil cuatro. 98
- Rechaza recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la resolución que no dio lugar al sobreseimiento definitivo. **Corte de Apelaciones de Antofagasta**, veintiocho de octubre de dos mil cuatro. 102
- Acoge recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la resolución que no dio lugar a la tramitación del recurso de nulidad presentado por éste. **Corte de Apelaciones de Puerto Montt**, cinco de noviembre de dos mil cuatro. 111
- Rechaza recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la resolución que negó la solicitud de sobreseimiento definitivo. **Corte de Apelaciones de Valdivia**, nueve de noviembre del año dos mil cuatro. 113
- Acoge recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público declarando que procede aplicar las agravantes de reincidencia invocadas por éste. **Corte de Apelaciones de Puerto Montt**, diez de noviembre de dos mil cuatro. 116
- Rechaza recursos de nulidad interpuestos por las Defensas por presuntas infracciones a los artículos 374 letra e), en relación a los artículos 342 letra c) y 297, 374 letra f) y 373 letra b), todos del Código Procesal Penal. **Corte de Apelaciones de La Serena**, diez de noviembre de dos mil cuatro. 118
- Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa por una supuesta errónea aplicación del derecho. **Corte de Apelaciones de Puerto Montt**, veinticinco de noviembre de dos mil cuatro. 133
- Rechaza recurso de queja interpuesto por la Defensa en contra de tres Jueces de Garantía por sus resoluciones. **Corte de Apelaciones de Antofagasta**, veinticinco de noviembre de dos mil cuatro. 136

### **Corte Suprema**

- Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa fundado en las causales de los artículos 373 letras a) y b) y 374 letras e) y f) del Código Procesal Penal. **Corte Suprema**, diez de agosto de dos mil cuatro. 141
- Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa por la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal. **Corte Suprema**, veinte de septiembre de dos mil cuatro. 151

## **II. SENTENCIAS COMENTADAS**

- Informe sobre la posibilidad de considerar sujeto pasivo del delito de abuso sexual a una persona en estado de inconciencia (a la luz de la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena en causa rol n° 37-2004) 159
- Juan Pablo Cox Leixelard**

Quebrantamiento de Condena, ¿Tipo penal autónomo o simple infracción administrativa? <b>Iván Fuenzalida Suárez</b>	172
---	-----

### III. ARTÍCULOS

Informe en Derecho: De la validez de la prueba de testigos que no han declarado durante la investigación <b>Raúl Tavolari Oliveros</b>	181
Contribución al estudio de la autonomía orgánica y funcional del Ministerio Público <b>José Luis Cea</b>	201
De la exclusividad de la función investigadora del Ministerio Público y su vinculación con el quehacer de la Defensoría Penal <b>Miguel Ángel Fernández</b>	207
La extradición en el nuevo proceso penal chileno <b>Unidad Especializada en Cooperación Internacional y Extradiciones</b>	229

### IV. OFICIOS E INSTRUCCIONES

OFICIO FN N° 482 Criterios generales de la suspensión condicional del procedimiento y en especial respecto de las infracciones a Ley 19.366. octubre 13 de 2004	249
OFICIO FN N° 542 Criterios de actuación en relación al Archivo Provisional. noviembre 23 de 2004	259
OFICIO FN N° 554 Complementa Oficio anterior en materias de control de identidad e imparte nuevos criterios de actuación. diciembre 02 de 2004	265



## PRÓLOGO

Junto con el término del año entregamos a nuestros lectores el último número del Boletín del Ministerio Público de 2004.

El debate jurisprudencial y doctrinario acerca de las nuevas instituciones procesales ha sido nutrido en los últimos meses del año con interesantes aportes de nuestros tribunales superiores e informes de destacados juristas que han surgido en respuesta. De los aportes que recogemos en esta oportunidad destacan, por ejemplo, el debate acerca de la validez del ofrecimiento que el Ministerio Público puede formular para rendir prueba de testigos que no han prestado declaración escrita durante la investigación. El análisis de la materia trae a colación interesantes reflexiones acerca de la finalidad de la investigación que conduce el Ministerio Público y de las dificultades que los actores del nuevo proceso tenemos para desprendernos de los esquemas del antiguo modelo, entre otras.

Pero no sólo el debate procesal llama la atención entre el material que publicamos. Incluimos, también, comentarios sobre un par de sentencias cuyos aspectos centrales están referidos a las exigencias que plantean ciertos tipos penales para determinar si las conductas investigadas se ajustan a lo que el legislador quiso sancionar –es el caso de una problemática surgida en torno al abuso sexual y la privación circunstancial de conocimiento de la víctima– y la naturaleza misma del ilícito que condiciona la materialización del deber de juzgar que asiste a los tribunales –como ocurre con el quebrantamiento de condena en cuanto tipo penal autónomo o mera infracción de carácter administrativo–.

Al finalizar el 2004, nos es particularmente importante agradecer los aportes que han enriquecido nuestro Boletín durante este año y reiterar nuestra mejor disposición a seguir recibiendo el material que la comunidad jurídica en general quiera hacernos llegar. Además, los atentos comentarios y las constantes solicitudes de nuestra publicación tanto en formato electrónico como en material impreso, nos demandan mayores esfuerzos para satisfacer a los lectores y nos estimulan para seguir adelante. Por todo esto, muchas gracias.

**Fiscalía Nacional del Ministerio Público**





I

Fallos



## JUZGADOS DE GARANTÍA

- **Declara ilegal la detención efectuada al amparo del artículo 85 del Código Procesal Penal.**

**Tribunal:** Tribunal de Garantía de Los Andes.

### Resumen:

*La Defensa solicitó se declarara ilegal la detención efectuada por la policía por falta de verdaderos indicios que justificaran su acción. El Tribunal, haciendo un largo análisis de los conceptos de casos fundados e indicios, declaró que la detención fue ilegal. Ello, porque la sola huida de un grupo de personas ante la presencia policial no puede estimarse como la situación regulada en el artículo 85 del Código Procesal Penal. En efecto, dicha huida no resultó ser el indicio que exige la ley, pasando a ser el acucioso registro de las vestimentas lo que permitió dar con la droga, siendo, entonces, una acción ex post actum lo que habría podido justificar la actuación de la policía.*

### Texto completo:

#### **AUDIENCIA DE CONTROL DE LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN Y FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

Se deja constancia que el día dieciséis de noviembre de dos mil cuatro, a las 11:32 horas, se celebra en el Juzgado de Garantía de Los Andes, ante la presencia de la señora Juez Titular doña KAREN ATALA RIFFO, la audiencia de control de la detención y formalización de la investigación, en la causa R.U.C. N.º 0400418110-2, R.I.T. N.º 1156/2004, caratulada «MINISTERIO PÚBLICO contra GLORIA ANGÉLICA PASMIÑO PILQUIÑIR», a la que asistieron los siguientes intervinientes: don RICARDO REINOSO VARAS, Fiscal Adjunto de Los Andes, domiciliado en Avda. Carlos Díaz N.º 111, Los Andes; detenida, GLORIA ANGÉLICA PASMIÑO PILQUIÑIR, chilena, cédula nacional de identidad número 14.618.422-7, 25 años, comerciante, casada, domiciliada en Población Alto Aconcagua, block 1575, departamento N.º 32, Los Andes; y doña MARÍA ISABEL MONTENEGRO CANTILLANO, Defensora Penal Pública, domiciliada en Esmeralda N.º 296, tercer piso, departamento A, Los Andes y que las actuaciones efectuadas por los intervinientes se registran en forma íntegra en el registro de audio N.º 1060-1156-04-041116-00, con lo que se da cumplimiento a la resolución de fecha

veintidós de mayo de dos mil dos, emanada de la Excelentísima Corte Suprema, en lo relativo al método oficial de registro de audio para audiencias.

#### **EL TRIBUNAL:**

1) Que el Fiscal y la Defensora Penal Pública, señalan como forma de notificación vía correo electrónico, registrado en este Tribunal.

2) Resolviendo la legalidad o ilegalidad de la detención de Gloria Angélica Pasmíño Pilquiñir, oído a los intervinientes y teniendo presente que se ha dicho por la defensa en el sentido que de conformidad al artículo 85 del Código Procesal Penal, señala que existen «indicios», que es el rango por el cual la policía debe actuar y que estos indicios no se estarían dando, mientras que el Ministerio Público señala que sería indiciario para la Brigada de Delitos Sexuales, registrar a la detenida el hecho que había un grupo de personas en un lugar oscuro -en una población- que se da a la fuga y que eso sería indiciario del delito de tráfico y no es efectivo que el control de identidad solamente tiene por fin lograr la identidad de la persona, sino que también faculta para proceder a registrar las vestimentas, equipajes o vehículos de la persona cuya identidad se controla, según la última modificación del 15 de Abril del presente año.

En doctrina se entiende que el control de identidad del artículo 85 señala que los funcionarios policiales «deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiera cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito o falta, luego señala en su inciso segundo «durante este procedimiento la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla». Hay dos elementos bases para asentar el estándar que debe exigírsele a la policía, uno es en **casos fundados** y luego señala tales como la existencia de un **indicio**. Indicio se entiende que es «menos que la flagrancia» pero «más que una mera sospecha». El caso fundado es el que hay que dilucidar jurisprudencialmente para controlar la actuación de la policía.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, señala como Indicio: «Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido. *La fuga del sospechoso fue un indicio de su culpa.* 2. Cantidad pequeñísima de algo, que no acaba de manifestarse como mensurable o significativa. *Se hallaron en la bebida indicios de arsénico.* - s vehementes, Aquellos que mueven de tal modo a creer algo, que ellos solos equivalen a prueba semiplena...»; vocablo Fundar: «..... 5. Apoyar algo con motivos y razones eficaces o con discursos. *Fundar una sentencia un dictamen.*»; Fundamento: «..... 3. Razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo.», en este caso, según el Sr. Fiscal, la Brigada de Delitos Sexuales en un control preventivo al ver que sujetos se dan a la fuga, estimó que habían motivos fundados para afianzar la existencia de algo y eso algo es la existencia de un indicio y ya dijimos que indicios es menos que la flagrancia y más que la mera sospecha, y que en ese indicio es que se hubiera cometido o intentado cometer un delito, un simple delito o una falta, en este caso, es el tráfico ilícito de estupefacientes.

La duda que le surge a este Jueza es si «el indicio» apuntaba a que efectivamente se estaba cometiendo un tráfico o que a raíz del allanamiento que se

hicieron de la vestimenta de la detenida Pasmíño Pilquiñir y que le encontraron papellitos de pasta base y que fue un encuentro **ex post actum**, se fundamenta el actuar de la policía. En efecto, porque distinto hubiera sido ver indicios que se están haciendo transacciones o están dateados que se están haciendo transacciones de mercancía o de drogas. Es casi como el «hallazgo casual, en este caso, es lo mismo que si durante el procedimiento se le haya allanado las vestimentas, equipaje o el vehículo y le encuentran un arma, en este caso, ¿cuál habría sido el indicio o la sospecha fundada? ¿el porte ilegal de un arma de fuego? Es decir, el resultado del examen de las vestimentas que es **ex post actum** sirva para fundamentar la actuación de la policía que tiene que ser previa. O sea, si hacemos el análisis coherente y lógico de la actuación de la policía, el que personas se arranquen de un lugar, puede ser indicio de muchos delitos, como por ejemplo que uno de ellos tenga una orden de detención pendiente, por ejemplo, que tenga un quebrantamiento de condena, que se escapó del hogar y no quiere que la mamá lo pille o que simplemente le tiene miedo a la policía, entonces ¿cuáles son los casos fundados o en el indicio? Llama la atención a esta Juez, que se le encontró un calcetín de guagua dentro del calcetín que llevaba en sus ropas, es decir, se le hizo una revisión acuciosamente de sus vestimentas, revisándole hasta sus calcetines, no se le hizo un allanamiento para ver si portaba armas o elementos para evitar poner en riesgo a la persona del agente policial, que según tengo entendido, es la idea de esta norma, que durante el control de identidad la policía no se viera expuesta por parte del controlado a que éste sacara un arma blanca o una pistola, para intimidar al personal policial, sino «que podrá proceder al registro de las vestimentas, etc.» es para en el fondo, seguridad para la propia policía, de que no se va a arriesgar su vida en un acto de control de identidad y estaríamos cayendo, casi en la Teoría del hallazgo casual. Con eso, esta Juez, estima de que no hay un indicio claro, ni menos un caso fundado de que se hubiera cometido o intentado cometer un crimen o simple delito y esto ¿por qué? porque estamos hablando de un derecho fundamental de toda persona a estar en una plaza pública, reunida y según una Jurisprudencia Argentina, que se entregó en un curso sobre «Exclusión de Prueba en el Nuevo Procesal Penal», se analiza mucho el

tema de los indicios, y señala a raíz de un fallo argentino «noticias adquiridas por el personal de este puesto, ni qué indicios existen para adoptar la medida, por lo que aquél respondería a una simple sospecha policial», o sea, es menos que la flagrancia y más que una mera sospecha, ese es el indicio. Otra Jurisprudencia citada; «el concepto de indicio racional de criminalidad (expresión propia del procesamiento), que introduce en su discurso el recurrente, y que no se deriva, a estos efectos, .....siendo más acorde el de sospecha fundada» o sea, más que meras sospechas menos que flagrancia y luego en otro fallo señala «..los derechos fundamentales, ostentan un doble carácter, en primer lugar los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad o en el ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado de Derecho y más tarde en el Estado Social y Democrático de Derecho.» agrega que estas afirmaciones que se proyectan sobre todos los derechos fundamentales entre los sustantivos «una consecuencia específica» como elementos esenciales del ordenamiento jurídico de la comunidad nacional constituida en estado de derecho, los derechos fundamentales sustantivos, adquieren una dimensión procedimental, son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos, puede calificarse como constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones.» y firma que «ese principio general ha de afirmarse de modo especialmente rotundo en el ámbito del proceso penal». Es decir, el «estándar» que los jueces deben imprimir en todas las actuaciones policiales que puedan afectar derechos constituciones o garantías fundamentales en un Estado Democrático de Derecho, debe ser alto, porque si vemos el hecho objetivamente hablando y hacemos el análisis lógico, sustrayendo de que se le hayan encontrado papelillos de pasta base en el calcetín, ¿qué es lo que encontramos? a un grupo de personas reunidas en un lugar público, en una plaza pública –derecho constitucional a la

libertad de reunión– y la policía, porque ve que huyen estima que es un caso fundado y que existe un indicio de que se comete un delito, pero hasta el momento ¿qué indicio de qué delito?, no lo hay, sino que una vez que se ha allanado a una persona que no huyó del lugar y se le encontró sustancias prohibidas, recién ahí se fundamenta la actuación previa del indicio, entonces, estamos viendo que hay una vulneración a las garantías fundamentales, o sea estaríamos cayendo a la teoría del hallazgo casual, y en este evento, esta Juez **declara ilegal la detención de Gloria Angélica Pasmíño Pilquiñir.**

**3) Téngase por formalizada la investigación,** planteada por parte de la Fiscalía Local, en contra de la imputada, ya individualizada en virtud de los siguientes hechos: «Que el día de hoy 16 de Noviembre, fue sorprendida en la intersección de calles Raúl Vargas con esquina Elías Foncea, de la Población René Schneider, alrededor de las 02:00 horas, junto a un grupo de personas, quienes al notar la presencia policial, intentaron darse a la fuga, claro indicio de que se estaba cometiendo un crimen, simple delito o falta, los cuales al ser interceptados y previa identificación de los funcionarios policiales, se solicitó la cédula de identidad de la imputada y al registrar sus vestimentas, se encontró al interior del calcetín del pie izquierdo, un calcetín de bebé, el que en su interior tenía 25 envoltorios de papel cuadriculado color blanco, los que contenían una sustancia color beige con olor y textura que impresionan a pasta base de cocaína, además de la suma de \$ 8.765, en dinero efectivo, un billete de 1 dólar y una cadena de metal de color amarillo con una medalla de forma rectangular del mismo color. Además, al hacer el registro voluntario en su domicilio, se encontró la suma de \$ 20.000 dinero proveniente de la venta de droga, a la sustancia decomisada, arrojó un peso bruto de 4,4 gramos de sustancia, arrojando coloración positiva para la presencia de metabolitos de cocaína.» A juicio de esta Fiscalía, estos hechos constituyen el delito contemplado en el artículo 5 en relación con el artículo 1 de la Ley 19.366, Ley de Drogas, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes, en particular en este caso concreto la imputada están en la hipótesis de transportar, transferir, poseer, suministrar, guardar y portar consigo tales sustancias, le corresponde a

la imputada la calidad de autor y el delito se encuentra en grado de consumado de conformidad al artículo 24 de la Ley de Drogas.

4) Resolviendo la solicitud de la Defensa, en cuanto a sustituir el presente procedimiento por el de Procedimiento Simplificado y siendo el Ministerio Público dueño de la acción penal pública, pudiendo formalizar por el delito que quiera, sin perjuicio que con el transcurso de la investigación por el principio de objetividad, por la exigua cantidad de droga encontrada, pueda sin perjuicio más adelante buscar el procedimiento que corresponda al tipo en cuestión, por tales razones, esta Juez **no da lugar a dicha solicitud.**

4) Resolviendo la solicitud de prisión preventiva, efectuada por el Ministerio Público en contra de la imputada, oído los intervinientes y teniendo presente:

I.- Que, esta Juez ha declarado ilegal la detención de la imputada Gloria Pasmño Pilquiñir.

II.- Que, la cantidad de droga encontrada con 4,4 gramos ajeno a que estén en dosificados en veinticinco papelillos o en un solo contenedor.

III.- Que, la Defensa ha sido reiterativa que esto se encuadraría, más en la falta del artículo 41 de la Ley 19.366, por lo tanto, el procedimiento aplicable no es el juicio ordinario de crimen o simple delito sino el de Juicio Simplificado.

IV.- Que la imputada tiene una irreprochable conducta anterior, por lo tanto no ha sido condenada anteriormente por crimen o simple delito. Que por estas razones se descarta el peligro para la seguridad de la sociedad.

Respecto al éxito de las diligencias de la investigación, efectivamente como lo ha señalado la Defensa, si son diligencias como exámenes toxicológicos, psicológicos, son diligencias que van a beneficiar a la propia imputada, por lo tanto no se vería ninguna razón por la cual ella no quiera prestar su colaboración a las mismas y sin perjuicio además, de poder eventualmente precaverse de una circunstancias atenuante como es la del artículo 33 de la Ley 19.366 o del artículo 11 N° 9 del Código Penal, que es colaboración sustancial con esclarecimiento de

los hechos; que la imputada firmó un acta de entrada y registro voluntaria a su casa y que después de negó a declarar, existe una contradicción en lo que dice en el discurso del Fiscal, esta Juez no ve por qué razón la imputada no habría de colaborar en el esclarecimiento de los hechos y eventualmente constituirse en una rebaja sustancial de la condena y habiéndose atacado el procedimiento mismo a aplicar y sobre el bien jurídico, salud pública, en realidad no es razonable que por el principio de objetividad que 4,4 gramos de pasta base, vayan a provocar un daño tal en la salud pública, en tal razón esta Juez **no da lugar a la prisión preventiva.**

5) Resolviendo la solicitud efectuada por el Ministerio Público, en cuanto a decretar medidas cautelares en contra de la imputada y con los fines de asegurar el éxito de las diligencias de investigación y la comparecencia de la imputada a las actuaciones de la investigación y demás del procedimiento judicial, **se da lugar a:**

a) La del artículo 155 letra c), esto es, la **imputada deberá concurrir a firmar el registro que se lleva al efecto** en las dependencias del Ministerio Público, en forma semanal, todos los días viernes de 15:00 a 17:00 horas.

b) La del artículo 155 letra d), esto es, la **prohibición de salir del territorio nacional**, por el tiempo que dure la investigación. Ofíciase al respecto.

6) Se fija un plazo de **cinco meses** para el cierre de la investigación, a contar de esta fecha.

Dése orden de libertad a la imputada.

Dése copia de este registro a los intervinientes.

Siendo las 12:50 horas, se declara cerrada la audiencia.

Dictada por doña **KAREN ATALA RIFFO**, Juez Titular del Juzgado de Garantía de Los Andes.

**Nota del Editor:** Este fallo fue revocado por resolución de Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso que a continuación se inserta en texto completo.

En Valparaíso, a veintiséis de noviembre de dos mil cuatro, ante la Cuarta Sala de la Ilustre Corte, integrada por los Ministros don Rafael Lobos, que la preside, doña Mónica González y el Abogado Integrante don Claudio Moltedo, actuando como Ministro de Fe el Relator don Felipe Pulgar, para la vista del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, en causa RIT N° 1156-2004 del Juzgado de Garantía de Los Andes, N° ingreso Ilustre Corte 848-2004, contra la resolución dictada por la Juez de Garantía doña Karen Atala Riffo, que declaró ilegal la detención practicada respecto de la imputada de autos y, por otro lado, negó lugar a la medida cautelar de prisión preventiva respecto de la misma. Asisten a la audiencia por el Ministerio Público, la Fiscal doña María de la Luz Salas y por la Defensoría Penal Pública, la abogada doña Marianela Pizarro. Requeridos por esta Corte, los intervinientes deberán pronunciarse, en primer término, en relación a la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto en contra de la declaración de la detención como ilegal, para terminar, por otro lado, en pronunciarse en cuanto al fondo de las resoluciones apeladas.

a) En cuanto a la admisibilidad: En su intervención, el Ministerio Público, en cuanto a la admisibilidad planteada, solicita que el recurso de apelación sea declarado admisible, teniendo para ello en cuenta lo dispuesto en el artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal, en orden a que al haberse declarado la ilegalidad de la detención, necesariamente se hace imposible la prosecución del procedimiento, en relación con lo que señala el artículo 276 del Código Procesal Penal, en orden a que la prueba nacida de esta detención será declarada prueba ilícita en la audiencia de preparación del juicio oral que se llevará a efecto si procediera.

b) En cuanto al fondo: Señala que la detención fue completamente legal puesto que, a su juicio, los funcionarios aprehensores contaban con indicios suficientes para efectuar el control de identidad de acuerdo en el artículo 85 del Código Procesal Penal.

c) En cuanto a la cautelar: Refiriéndose al recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución que denegó lugar a la solicitud de decretar la prisión preventiva en contra de la imputada, solicita que ésta sea revocada y, en su lugar, se ordene dicha medida cautelar, teniendo para ello presente la cantidad de la droga incautada, su na-

turalidad, características del delito y la imposibilidad de concesión de algún beneficio de la Ley N° 18.216.

a) En cuanto a la admisibilidad En su intervención, la Defensoría Penal Pública solicita se declare inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la declaración de ilegalidad de la detención, toda vez que dicha hipótesis no se encuadra en ninguna de aquellas señaladas en el artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal y, por otro lado, el procedimiento perfectamente puede continuar.

b) En cuanto al fondo: Señala que la revisión efectuada por los aprehensores fue demasiado acuciosa y que la fuga de los demás sujetos que se encontraban en compañía de la imputada, no es un indicio suficiente de que ella sea autora del ilícito que se investiga, teniendo además presente, que ella fue la única que permaneció en el lugar, que accedió voluntariamente al registro de sus vestimentas y al allanamiento de su casa habitación sin encontrar en ésta droga alguna y, finalmente, el dinero encontrado es de poca monta, no pudiendo presumirse que haya sido producto de la venta de droga.

c) En cuanto a la cautelar: A juicio de la defensa, no concurren los requisitos del artículo 140 letras a) y b) del Código Procesal Penal y es necesario no perder de vista que la imputada es una mujer de 25 años con 3 hijos menores que de ella dependen.

En su derecho a réplica el Ministerio Público, señala que él es el órgano encargado de la investigación criminal y, al haberse declarado ilegal la detención, no puede desarrollar su función constitucional, siendo aplicable el artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal. Por otro lado, señala que la acuciosidad del órgano policial no deber ser sancionada. Requerida, señala que la detención se produjo en un patrullaje preventivo realizado a las 02:00 A.M. el día de los hechos.

En su derecho a réplica la Defensoría Penal Pública, señala que de acoger el planteamiento del Ministerio Público, se sentaría un negativo precedente de hacer apelable una resolución que no lo es.

Terminados los alegatos, el Tribunal solicitó a los intervinientes se retiraran y resolvió:

Visto:

a) en cuanto a la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la resolución que declaró ilegal la de-

tención: Teniendo presente lo dispuesto en el artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal, esta Corte declara admisible el recurso de apelación antes mencionado.

Se deja constancia que esta resolución se logró desechar la prevención de la Ministro Sra. González, quien estuvo por declarar inadmisibile este recurso de apelación.

b) en cuanto al fondo de la declaración de ilegalidad de la detención: Esta Corte, teniendo en consideración que es un hecho aceptado por los intervinientes que la policía procedió a efectuar un control de identidad por el hecho de haberse producido una fuga de un grupo de personas que acompañaban a la imputada al momento de ejercer el control de vigilancia más o menos a las 02:00 A.M. de la madrugada del día de los hechos, se estima que ello es una circunstancia que configura los supuestos establecidos en el artículo 85 inciso 2º del Código Procesal Penal, motivo por el cual se revoca la resolución apelada dictada en audiencia de dieciséis de noviembre del año en curso, en cuanto

declara ilegal la detención de la imputada y, en su lugar, se resuelve que dicha detención es legal.

c) en cuanto a la medida cautelar: Atendido el mérito de los antecedentes, lo resuelto precedentemente y, teniendo además presente las medidas cautelares decretadas respecto de la imputada Gloria Angélica Pasmíño Pilquiñir, se confirma la resolución apelada dictada en audiencia de dieciséis de noviembre del año en curso.

El Tribunal ordenó el ingreso de los intervinientes y dio a conocer lo resuelto, quedando éstos notificados en el acto, sin perjuicio de su posterior notificación por el estado diario.

Se levanta la presente acta para constancia de lo acontecido en esta audiencia, la que suscriben los miembros de esta Sala de la Itma. Corte, junto al Relator que actúa como Ministro de Fe, de acuerdo a las instrucciones impartidas por la Excma. Corte Suprema.

Devuélvase junto con el registro de audio.  
RUC N° 0400418110-2.  
ROL I.C. N° 848-2004.-

- **Condena al acusado a las penas de novecientos días de presidio menor en su grado medio como autor del delito de lesiones graves gravísimas, dos multas de 4 U.T.M. cada una como autor de dos delitos falta de lesiones leves y accesorias legales.**

**Tribunal: Tribunal de Garantía de Castro.**

**Resumen:**

*La Fiscalía acusó al imputado como autor de los delitos de lesiones graves gravísimas, lesiones menos graves y del delito falta de lesiones leves, alegando la concurrencia de las atenuantes del artículo 11 N° 8 y 9, y de las agravantes del artículo 12 N° 1 y artículo 400, todos del Código Penal. La Defensa solicitó que el delito de lesiones menos graves se recalificara al de lesiones leves; que se acogieran también las atenuantes del artículo 11 N° 5 y 6, y que se rechazaran las agravantes. El Tribunal dio por acreditados los hechos contenidos en la acusación, condenando al acusado. Respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal invocadas por las partes, acogió las atenuantes reconocidas por el Ministerio Público, pues estimó que la concurrencia conjunta de éstas es posible al no haber surtido efectos en la investigación la autodenuncia (por no haber sido recogida por Carabineros) y por ende no encontrarse valorada doblemente la misma circunstancia. De las atenuantes alegadas por la Defensa, sólo acogió la de la irreprochable conducta anterior, porque si bien el acusado contaba con anotaciones previas, éstas databan de más de 30 años, luego de lo cual se demostró una vida exenta de reproches. En cuanto a las agravantes, éstas fueron rechazadas. La primera, porque su elemento subjetivo no fue acreditado. La segunda, porque sólo procede tratándose de lesiones graves o menos graves, y en este caso el Tribunal recalificó el delito de lesiones menos graves al delito falta de lesiones leves en atención al informe de primeras atenciones emitido por el médico que atendió a las víctimas.*

**Texto completo:**

Castro, once de diciembre del año dos mil cuatro.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que ante este Juzgado de Garantía de Castro, se ha tramitado la causa Rol Unico No 0400165666-5, RIT: 389-2004 según las normas del procedimiento abreviado de los artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal.

Con fecha dos de noviembre de 2004, el Ministerio Público, representado en esta audiencia por el Fiscal Local don Daniel Alvarado Tiquer, acusó a CARLOS ALVARADO AMPUERO, cédula de identidad N° 5.375.368-K, nacido el 14 de Marzo de 1948, de oficio zapatero, domiciliado en calle Los Carrera s/n, de la comuna de Puqueldón, legalmente representado por el Defensor Penal Público don Jaime Javier Marimán Naguelquin, domiciliado en calle Serrano N° 544, comuna de Castro.

**SEGUNDO:** Que la acusación planteada por la Fiscalía Local de Castro, dice relación con los siguientes hechos: "El día 09 de Mayo del año en curso, alrededor de las 05:00 a 05:30 horas, el imputado, a la salida de la Quinta de Recreo "Manila", ubicada en el sector de Llao-Llao, de la comuna de Castro, atacó con un arma blanca a don Héctor Mario Candia Armijo, provocándole heridas cortantes en el cuero cabelludo, en la zona parietal y en particular, la más grave de ellas, una herida penetrante ocular, esclerar, con explosión ubeal del ojo derecho, hemorragia vitreada del ojo derecho, desprendimiento de retina y heridas palpebrales con riesgo real de pérdida visual permanente, consistentes en lesiones de carácter graves gravísimas.

Asimismo, entre las horas señaladas y en el mismo lugar de los hechos descritos, también fueron heridas con arma blanca por el imputado, su ex

conviviente doña María Edith Pinto Ulloa, a quien lesionó causándole una herida cortante en el muslo izquierdo y otra en el cuero cabelludo, y la hija de ambos, Jeannette Fabiola Alvarado Pinto, a quien lesionó causándole una herida cortante en la cara posterior del muslo izquierdo”.

Por su parte, el acusado Alvarado Ampuero, asesorado por su abogado defensor, reconoció expresa y claramente cada uno de los hechos previamente enunciados y los antecedentes de la investigación en que se fundan, en audiencia celebrada ante este Tribunal con fecha siete de diciembre 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, y existiendo acuerdo de los intervinientes este Tribunal procedió según las normas del juicio abreviado al cumplirse en tal sentido los requisitos que establece el artículo 410 del Código Procesal Penal.

A juicio de dicha Fiscalía los hechos descritos son constitutivos del delito de lesiones graves gravísimas en grado de consumado en perjuicio de Héctor Candia Armijo, previsto y sancionado en el artículo 397 N° 1 del Código Penal, por cuanto el ofendido quedó impedido de un miembro importante de su cuerpo, cual es la pérdida total de visión en el ojo derecho. Asimismo, respecto de la víctima María Edith Pinto Ulloa el hecho descrito constituye el delito de Lesiones Menos Graves en grado de consumado, figura descrita y sancionada en el artículo 399 del Código Penal y respecto de la víctima Jeannette Fabiola Alvarado Pinto, el delito falta de lesiones leves del artículo 494 N° 5 del Código Penal. La participación que se le atribuye es en calidad de autor de acuerdo al art. 15 N° 1 del Código Penal.

Alega el Ministerio Público que al acusado le benefician atenuantes de responsabilidad del artículo 11 N° 8 y 9 del Código Penal y respecto de las lesiones ocasionadas a la víctima Jeannette Alvarado Pinto, agrava su responsabilidad la establecida en el artículo 400 del Código Penal, esto es, cuando el delito se comete en contra de las personas enumeradas en el artículo 390 del Código

Penal, en este caso su hija. Además con relación a la agresión inferida a la víctima M. Edith Pinto Ulloa, la circunstancia agravante del artículo 12 N° 1 del Código Penal, esto es, cometer el delito con Alevosía, entendiéndose que hay cuando se obra a traición y sobre seguro, en este caso en la última de las hipótesis, por cuanto el acusado obró sobre seguro respecto de esta víctima.

Conforme lo anterior, y previa modificación de la pena, solicita respecto al acusado por su responsabilidad en el delito de Lesiones Graves Gravísimas, se imponga la pena de cuatro años y cien días de presidio menor grado máximo. Por el delito de Lesiones leves, en perjuicio de la víctima Jeannette Alvarado Pinto, se le condene a la pena de sesenta días de prisión y respecto de las Lesiones Menos Graves, en perjuicio de la víctima María Edith Pinto Ulloa, se le imponga al acusado la pena de doscientos días de presidio menor grado mínimo. Todas con sus respectivas penas accesorias y pago de las costas de la causa.

Por su parte, el Sr. Abogado defensor del acusado solicitó que respecto del delito en perjuicio de la víctima Pinto Ulloa, que los hechos se califiquen como lesiones leves y, en todos los ilícitos la aplicación de las atenuantes del artículo 11 N° 5, 6, 8 y 9 del Código Penal, se rechacen las agravantes y beneficios de la Ley 18.216.

**TERCERO:** Que el Tribunal da por probados los siguientes hechos, en virtud del reconocimiento de ellos por el imputado y de los antecedentes de investigación presentados al Tribunal por la fiscalía, exhibidos oportunamente a la defensa: El día 09 de Mayo del año en curso, alrededor de las 05:00 a 05:30 horas, el imputado, a la salida de la Quinta de Recreo “Manila”, ubicada en el sector de Llullao, de la comuna de Castro, atacó con un arma blanca a don Héctor Mario Candia Armijo, provocándole heridas cortantes en el cuero cabelludo, en la zona parietal y en particular, la más grave de ellas, una herida penetrante ocular, esclerar, con explosión ubeal del ojo derecho, hemorragia vitreada del ojo derecho, desprendimiento de retina y heridas palpebrales con riesgo real de pérdida visual permanente, consistentes en lesiones de carácter graves gravísimas.

Asimismo, entre las horas señaladas y en el mismo lugar de los hechos descritos, también fueron heridas con arma blanca por el imputado, su ex conviviente doña María Edith Pinto Ulloa, a quien lesionó causándole una herida cortante en el muslo izquierdo y otra en el cuero cabelludo, y la hija de ambos, Jeannette Fabiola Alvarado Pinto, a quien lesionó causándole una herida cortante en la cara posterior del muslo izquierdo.

**CUARTO:** Que la existencia de estos hechos en los términos expuestos se tienen por probados, por los siguientes antecedentes:

a) Parte de Carabineros de la Segunda Comisaría de Castro, donde se expresa que don Héctor Candia fue víctima de una agresión por parte de Carlos Alvarado Ampuero con diagnóstico de ebriedad, herida cortante en cuero cabelludo (3) y tres heridas cortante parietal, María Pinto Ulloa: herida cortante 1 cms. muslo izquierdo, herida cortante 05 cms., cuero cabelludo occipital, de carácter leve y Jeannette Alvarado Pinto con: herida cortante cara posterior muslo izquierdo de 8. cms., de carácter leve.

b) Certificado de atención de Héctor Candia Armijo de fecha 10 de mayo de 2004 emitido por el Hospital de Castro que señala: herida penetrante ocular escleral con exposición uveal ojo derecho; hemorragia vítrea ojo derecho; desprendimiento de retina ojo derecho; herida palpebral saturadas; pronóstico: grave con riesgo real de pérdida visual permanente.

c) Informe de lesiones de Héctor Candia Armijo emitido por el Servicio Médico Legal, el que concluye: perforación de globo ocular derecho, múltiples heridas cortopunzantes cefálicas; gravedad: graves gravísimas; naturaleza del elemento causante: arma blanca; tipo de tratamiento: cirugía; posibles secuelas: pérdida de visión en ojo derecho, dificultad para la marcha; deformación estética: sí; pronóstico de lesión ocular: no está definido si va poder operarse o no; pérdida de vista: no está definido si será definitiva.

d) Segundo informe de lesiones emitido por el Médico jefe oftalmología del Hospital de Puerto Montt, quien señala respecto de Héctor Candia Armijo pronóstico y características de las lesiones:

lesiones graves; pronóstico visual malo. Probable pérdida de visual permanente ojo derecho.

e) Informe de lesiones de oftalmólogo quien certifica haber atendido a Héctor Candia, el día 20 de octubre de 2004, quien presenta visión luz dudosa (ceguera legal) de ojo derecho, desprendimiento de retina total de ojo derecho. En resumen ojo derecho ciego.

f) Informe de lesiones de Jeannette Alvarado Pinto, de fecha 9 de mayo de 2004: herida cortante cara posterior muslo izquierdo, 8 cms. Pronóstico de lesión: leve.

g) Informe de lesiones de María Pinto Ulloa de fecha 9 de mayo de 2004: herida cortante 1cms. muslo izquierdo; herida cortante 0.5 cms. cuero cabelludo occipital.

g) Evidencia material exhibida en la audiencia consistente en cortapluma automática, cache de madera, hoja de aprox. 8 cms.

Por su arte los antecedentes que constan en la carpeta fiscal y que sirven para acreditar participación del imputado, además del reconocimiento del acusado en ésta audiencia:

a) Declaración de Juan Antonio Pinto Ulloa, quien ante la fiscalía local señala que el Domingo 09 de mayo de 2004, alrededor de las 05:30 horas, después de haber estado en el local nocturno Manila, ubicado en el sector rural de Llau Llau, y encontrándose en estado de ebriedad, en compañía de su hermana María Edith Pinto Ulloa, sus hijos Ana Luisa y Jeannette Fabiola Alvarado Pinto, su conviviente Héctor Candia, y Yasna Aguilar. En momentos que se detuvo a encender un cigarrillo, escuchó gritos que decían "apuñalaste a mi mamá", percatándose que su sobrina Jeannette y su hermana María Edith estaban en el suelo y aproximadamente a dos metros de distancia estaba Carlos Ampuero, con un cuchillo en sus manos, desde donde se fue corriendo.

b) Atestados de Jeannette Fabiola Alvarado Pinto, quien expone ante la fiscalía que el Domingo 09 de mayo de 2004, alrededor de las 05:30 horas, después de haber estado en el local nocturno Manila, ubicado en el sector rural de Llau Llau, en

compañía de su madre, su conviviente, hermana, tío Juan Pinto Ulloa y la amiga Yasna Aguilar, mientras transitaban por el camino público, y a unos 70 metros del local Manila, de pronto oyó un grito de Yasna diciendo su nombre, luego grita diciendo que su papá estaba golpeando a su mamá, hasta donde corrió rápidamente Héctor Candia, y cuando ella llegó al lugar, Héctor ya estaba en el suelo y su padre tenía un cuchillo en una mano, para propinarle un cuchillazo en el corazón, lanzándose ella sobre Candia, a fin de protegerlo, recibiendo una puñalada en su muslo izquierdo, al ver esta situación, Carlos Alvarado abandonó el lugar.

c) Atestados del funcionario de la Policía de Investigaciones de Castro, Pablo Andrés Trujillo Vidal, quien señala ante la fiscalía local que el día 10 de mayo de 2004, en cumplimiento a una orden de detención emanada del Juzgado de Garantía de Castro, junto al Subinspector Juan Francisco Ramos Antimán, procedieron a detener al imputado Carlos Alvarado Ampuero, en el Restaurante el Pingüino de esta ciudad, ubicado en calle San Martín N° 720, donde se le leyeron sus derechos e informaron los motivos de su detención, sin poner resistencia, lo trasladaron a las dependencias de la Bicrim de Castro, donde fue interrogado. El imputado manifestó su voluntad de colaborar con la investigación y prestó declaración en forma voluntaria, por delegación fiscal, señalando que se encontraba arrepentido y que asumiría la responsabilidad de los hechos, haciendo entrega voluntaria de la cortaplumas que utilizó para propinar las heridas a sus víctimas. En una nueva declaración expone que entrevistó al portero del mencionado local nocturno y que el día de los hechos el imputado habría estado observando por la ventana a sus futuras víctimas, por un lapso de 20 minutos, lo que dado el lugar ellas no se habrían percatado de su presencia.

d) Atestados de Yasna Roxana Águila Mansilla, quien señala que el día Domingo 09 de mayo de 2004, a eso de la 01:00 horas, concurrió a la Quinta Manila, ubicada en el sector de Llau Llau, en compañía de su amiga Jeannette Alvarado, su madre María Pinto, la pareja de ésta, Héctor Candia, la menor Ana Luisa Alvarado y Juan Pinto, donde compartieron y bailaron. Alrededor de las 05:00 horas, se retiraron del local, caminando por un

camino público en dirección a la carretera, de pronto, detrás de unos matorrales salió el esposo de la señora María, don Carlos Alvarado y se lanza sobre ella, la toma del cuello con una mano y con la otra la agredía en la cabeza y le daba patadas, entonces le gritó a Jeannette, y apareció rápidamente Héctor Candia a salvar a la señora María, pero es empujado por don Carlos, quien le propina varios cortes mientras éste estaba en el suelo. Junto a Jeannette toman de los brazos a Carlos Alvarado y lo empujan hacia atrás, cortando en la pierna a Jeannette, quien le dice que la ha herido y éste huye del lugar.

e) Atestados de Carlos Eduardo Alvarado Pinto, quien da cuenta de la historia matrimonial de sus padres, y de los hechos sucedidos en el local nocturno Manila, según lo informado por su padre, que los había visto al interior del local por una ventana y que le había dado mucha rabia ver a su hija menor casi dormida en una mesa, que su intención sólo era agredir al sujeto, pero se había cegado en el momento, también le dijo que se había ido a entregar a Carabineros y que había entregado el cuchillo pero que le dijeron que se retirara a su domicilio ya que no había denuncia. Añade además que su padre no es un tipo violento.

f) Declaración de Héctor Mario Candia Armijo, quien expone que el día de los hechos ya mencionado, acudió en defensa de su pareja que estaba siendo atacada por Carlos Alvarado Ampuero, quien lo intercepta y le propina un cuchillazo en el ojo derecho, perdiendo inmediatamente la vista, lo que lo hace caer de espaldas al suelo, donde se le abalanza Alvarado lanzándole puñaladas en la cabeza y el rostro, y cuando éste levanta el cuchillo apuntándole a la altura del tórax, las hijas de éste interfieren, recibiendo Jeannette un corte en un muslo.

g) Declaración de Ana Luisa Alvarado Pinto, quien expone que el día de los hechos ya mencionado, mientras caminaban a la salida del local nocturno Manila, su padre interceptó a su madre, tomándola del cuello y tirándola al suelo, donde trató de propinarle un corte en el estómago, evitándolo ella con su pierna, le daba golpes de puño, hasta que el tío Héctor se percató de la situación, corrió a defenderla y fue agredido en la cara, el ojo derecho

y la cabeza, cuando iba a apuñalarlo al corazón, intervinieron ambas hermanas, las que resultaron con lesiones leves.

h) Dichos de María Edith Pinto Ulloa, quien señala que convivió 22 años con Carlos Alvarado Ampuero, con quien tienen 4 hijos en común, y se separó hace 2 meses aproximadamente, por los malos tratos que recibía, y que siempre fue golpeada. Señala en su declaración los mismos hechos relatados por sus hijas y demás testigos del hecho.

i) Declaración de Carlos Barrientos Muñoz quien señala que es portero de la wata Quinta Manila y que el día de los hechos, alrededor de las 03:00 el imputado estaba fuera del local mirando hacia el interior por una ventana alrededor de 20 minutos y se enteró por un taxista que el sujeto se fue a Castro y le preguntó a qué hora cerraba el local.

j) Fotografías del sitio del suceso y secuencia fotográfica de los sucesos ocurrido el día 9 de mayo.

k) Extracto de filiación y antecedentes de Carlos Alvarado Ampuero que expresa que con fecha 16 de febrero de 1966, en causa 16.512 del Juzgado del crimen de Puerto Montt, fue condenado por el delito de hurto a una pena de 300 días de presidio menor grado mínimo y condena por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado y hurto de especies a 3 años y 1 día más 300 días en causa rol 18.065 con fecha 21 de septiembre de 1967.

l) Certificado de nacimiento de Jeannette Alvarado Pinto, hija de Carlos Alvarado Ampuero y María Edith Pinto Ulloa.

m) Declaración prestada por el imputado ante la fiscalía local en que reconoce su participación en los delitos por los cuales se acusó.

En efecto, los antecedentes expuestos consistentes en declaración de víctimas, testigos, funcionarios aprehensores, informes periciales, documental respectiva y evidencia material exhibida en la audiencia, resulta posible presumir lógicamente de acuerdo con las máximas de la experiencia, como a continuación se explica, la efectividad que el día de los hechos, el 9 de mayo de éste año, un sujeto premunido con un arma blanca agredió a Candia

Armijo, provocándole un menoscabo a su integridad corporal, lo que le llevó a la pérdida de visión del ojo derecho, y que además con el mismo instrumento en circunstancias que su hija Alvarado Pinto, intentaba impedir continuara la agresión contra Candia, resultó con una herida en el muslo izquierdo, agrediendo además a Pinto Ulloa quien sufrió dos heridas, uno en el muslo y otra en el cuero cabelludo.

La conclusión antes expuesta se encuentra en concordancia con la declaración prestada por el imputado ante la Fiscalía local, donde reconoce perpetración de los ilícitos y su participación en ellos como autor y con la aceptación de los hechos y antecedentes de la investigación formulada por Alvarado Ampuero en ésta audiencia de procedimiento abreviado.

**QUINTO:** Que de ésta forma los hechos descritos constituyen, en primer lugar, el delito de lesiones graves gravísimas de acuerdo al artículo 397 N° 1 del Código Penal, toda vez, que ha existido en forma voluntaria y conciente por parte del imputado Alvarado Ampuero una agresión dirigida contra Candia Armijo, que le provocó a la víctima una pérdida de la visión del ojo derecho en forma permanente.

Asimismo, los delitos falta de lesiones leves cometido en perjuicio de Pinto Ulloa y Alvarado Pinto, ilícito contemplado en el artículo 494 N°5 del Código Penal.

Además se han reunido los antecedentes suficientes y necesarios para acreditar plenamente, más allá de cualquier duda, la participación que como autor le correspondió al referido acusado Alvarado Ampuero en los hechos descritos precedentemente por haber tomado parte en ellos de modo inmediato y directo.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia resulta conteste en señalar que la pérdida de la visión en un ojo, constituye una lesión de carácter graves gravísimas, pues, la víctima resulta privada de dicho miembro, pues aunque éste permanezca, lo esencial no es el órgano en sí, sino la función que desempeña y que lleva al individuo a desarrollarse en forma normal. En este sentido se entiende que la pérdida

de un miembro importante dice relación con cualquier parte del cuerpo humano que realice una función que revista el carácter de importante. Conforme a lo anterior, no se puede estimar sino que la conducta desplegada por el imputado en la persona de Candía Armijo se encuentra descrita y sancionada en el artículo 397 N°1 del Código Penal.

Asimismo este tribunal estima que estamos en presencia de dos delitos de lesiones leves; para arribar a esta conclusión y al no existir diferencias objetivas entre el resultado de las lesiones menos graves y leves y a fin de evitar las dificultades en cuanto a aplicar criterios subjetivos, como son calidad de las partes y circunstancias del hecho, esta juez recurrirá a la regla establecida en el artículo 196 E de la ley N° 18.990, en cuanto establece que las lesiones cuya incapacidad y tiempo de duración superan los siete días se reputan menos graves; por lo que entendiendo que las lesiones provocadas a Alvarado Pinto y Pinto Ulloa no superan dicha cantidad debe estarse a lo indicado en los informes de lesiones emitidos por el médico de turno que las atendió y que las calificó como leves.

A igual calificación se hubiese llegado si utilizamos en conjunto los elementos señalados en el artículo 494 N° 5 del Código Penal, y si bien entre el acusado y Alvarado Pinto media una relación padre-hija, es relevante destacar que en la especie, la conducta desplegada por el imputado en contra de su hija es al haberse opuesto ésta a la agresión que realizaba contra Candía Armijo, no vislumbrándose dolo directo en su actuar, lo que se ve refrendado por el lugar del cuerpo donde las lesiones se produce y por el hecho que una vez percatado el acusado de haber lesionado a su hija, terminó la agresión y huyó del lugar. De igual manera respecto de las lesiones provocadas a Pinto Ulloa también se califican como leves pues no existe vínculo legal entre las partes y la circunstancia que rodean al hecho tampoco sirven para fundamentar la imposición de una pena mayor.

**SEXTO:** Que el Ministerio público con relación al delito en contra de la víctima Pinto Ulloa señala que agrava su responsabilidad la circunstancia establecida en el artículo 12 N° 1 del Código Penal, esto es, actuar con alevosía, en el sentido que el imputado, luego de observar en el interior del local

a su víctima a través de una de las ventanas, pregunta a qué hora cierran, presumiendo la hora en que saldrá su ex conviviente, por lo que pasadas unas horas regresa, se esconde detrás de unos matorrales y la espera, para luego agredirla por detrás, momentos en que la lesiona, provocándole dos heridas, actuando de improviso y asegurando el resultado de su acción.

**SÉPTIMO:** Que la defensa del acusado en la audiencia de procedimiento abreviado solicitó se beneficie a su representado con las atenuantes del artículo 11 N° 8 y 9 del Código Penal, las que fueron reconocidas por el Ministerio Público y además con el número 6 del mencionado artículo, toda vez, que si bien el imputado, cuenta con anotaciones prontuariales anteriores en su extracto de filiación, ellas datan de hace más de 30 años. Agrega que parte de la doctrina, destacados juristas, entre ellos, Garrido Montt, A. Etcheverry y E. Cury, tal atenuante debe ser valorada prudencialmente y adecuarse a la situación del agente, no aludiendo necesariamente a toda la vida del sentenciado. Teniendo presente los documentos que constan en la carpeta judicial, una docena de certificados que dan cuenta que el imputado es una persona trabajadora, que se desempeña hace muchos años como zapatero, lo que implica que las condenas anteriores, fueron un episodio aislado y sólo producto de la juventud, solicita la aplicación de la mencionada atenuante.

Asimismo, señala que beneficia la atenuante del artículo 11 N° 5 del Código Penal, pues señala que el imputado según se desprende de un informe psicológico, el que acompaña en la audiencia de procedimiento abreviado previa exhibición de la Fiscalía, el imputado tiene un adecuado control de impulsos, pudiendo adecuar su comportamiento a las normas sociales y que la situación que nos ocupa es un episodio único de rabia explosiva. Esta circunstancia se corrobora con la actitud inmediata a la perpetración del ilícito, cual es fue presentarse a Carabineros, reconociendo su actuar contra la justicia.

Respecto de la agravante solicitada por el Ministerio Público, actuar sobre seguro en el delito cometido contra la víctima Pinto Ulloa, solicita su rechazo pues para ser configurada se requiere que se actúe con el especial ánimo de aprovecharse de la

indefensión, y en el caso que nos ocupa el imputado esperó a su víctima a la salida del local, una vez que lo cerraran, por lo que supondría que saliera acompañado por más personas, lo que impediría ponerse en la hipótesis de aprovecharse de su indefensión.

Termina señalando que beneficiando al imputado, cuatro atenuantes solicita se rebaje a lo menos en dos grados la pena por los delitos que se acusó y se procede a conceder algún beneficio de la Ley 18.216.

**SÉPTIMO:** Que tal como han sostenido las partes, beneficia al imputado Alvarado Ampuero la atenuante de responsabilidad establecida en el artículo 11 N° 8 del Código Penal, pues consta en la carpeta judicial y por lo informado por la Segunda Comisaría de Castro, mediante oficio de ésta fecha, el imputado el día 9 de mayo de 2004, se presentó voluntariamente en la guardia de dicha comisaría, señalando haber participado en un ilícito que detalló, denunciándose ante la autoridad policial, pudiendo haber eludido la acción de la justicia, toda vez, que en su contra no se habría librado aún orden de aprehensión; el hecho que personal policial, incumpliendo los deberes que le asisten, le señaló que no existía denuncia en su contra y que se retirara a su domicilio, son hechos no imputables a su parte.

Además le beneficia la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, esto es, la colaboración sustancial en la investigación, lo que se evidencia al reconocer su participación en los hechos, desde los primeros actos del procedimiento, prestando declaración voluntaria a la Policía de Investigaciones apenas es detenido y, sobre todo, por haber hecho entrega voluntaria del arma que utilizó para la perpetración de los ilícitos que nos ocupa. En este sentido, de no mediar tal colaboración en la etapa procesal respectiva, la persecución penal hubiere sido demorada y quizás, de no mediar la entrega del arma por el imputado, no se hubiese logrado su recuperación impidiendo que el ministerio público pudiese contar con la evidencia material al momento de acreditar los cargos.

Al respecto, y si bien se ha sostenido por la doctrina que ambas circunstancias atenuantes son incom-

patibles, para el caso en concreto ello no parece ser efectivo, toda vez, que la autodenuncia al no haber surtido efectos en la investigación, como se señaló, por no ser recogida por Carabineros, no estamos valorando doblemente dicha circunstancia, haciéndose posible la aplicación de ambas.

Para beneficiar al imputado con la circunstancia atenuante de responsabilidad establecida en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, es necesario acreditar que el imputado haya estado exento de reproche penal. Parte de la doctrina recogida por los tribunales de justicia sostiene que “ aunque la ley no limita en el tiempo el examen de la vida del condenado, nuestra doctrina actual está conteste en la necesidad de realizar dicho examen caso a caso” (Politoff, Lecciones de Derecho Penal Chileno, 2004 , Pág. 513) donde no “puede rechazarse la atenuante por un comportamiento vicioso en época juvenil, que luego ha sido completamente enmendado por largos años” (Etcheverry I. 192). En el presente caso, si bien el acusado ha sido condenado anteriormente, ellas datan de hace 30 años, demostrando por su vida posterior haber enmendado su accionar lo que ve reflejado en los certificados emitidos por personas que lo conocen y donde consta que el señor Alvarado Ampuero es una persona exenta de reproche. Sobre de tales argumentaciones éste Tribunal acoge la atenuante invocada por la defensa de irreprochable conducta anterior.

Para acreditar la cuarta circunstancia modificatoria de responsabilidad, contemplada en el artículo 11 N° 5 del Código Penal, invoca la defensa que los estímulos tan poderosos que habrían motivado el actuar del imputado dicen relación con haber visto a su ex conviviente con un tercero, y que ello provocó tal nivel de rabia que lo llevó a agredir físicamente a Candia Armijo y Pinto Ulloa. En efecto, puede desprenderse de la investigación fiscal, que efectivamente el móvil del agente fue los celos, sin embargo, para dar por configurada tal atenuación, se requiere que el estímulo produzca “naturalmente” una reacción que priven de razón al autor y que lo hagan incurrir en el ilícito. En la especie, no se puede sostener, de acuerdo a la lógica, que el solo hecho de haber el imputado visto a su ex conviviente con un tercero, provoquen, naturalmente, en cualquier hombre medio dicha reacción de agresión

contra ambos, más aún cuando aparece de la investigación que la relación era conocida por el imputado anteriormente al episodio en cuestión, razones para rechazar la atenuante pasional esgrimida por la defensa.

**OCTAVO:** Que como respecto a la agravante solicitada por el Ministerio Público del artículo 400 del Código Penal y habiendo este Tribunal estimado que las lesiones ocasionadas a Jeannette Alvarado Pinto son de las establecidas en el artículo 494 N° 5 del Código Penal, no corresponde aplicar la mencionada circunstancia modificatoria de responsabilidad, pues el incremento de penalidad de la señalada disposición sólo se refiere a las lesiones graves y menos graves.

Con relación a la segunda agravante solicitada ser aplicada por el Ministerio Público en el delito cometido en perjuicio de Pinto Ulloa, entiende este tribunal que la alevosía se define como el aprovechamiento por parte del agente de la indefensión de la víctima a fin de asegurar el resultado. En la situación que nos ocupa dicho elemento subjetivo no resulta acreditado, pues no basta con haberse ocultado en los matorrales y haberla abordado por detrás, pues del contexto en que se desarrollan los hechos, el imputado tenía conocimiento que al momento agredir iba a ser acompañada por otras personas que podrían intervenir e impedir actuar; el esconderse tras unos matorrales para impedir ser visto y el actuar de improviso, constituye un acto propio en los ilícitos, en especial aquellos que afectan la vida e integridad, y no implica agravar la responsabilidad del actor, sostener lo contrario nos llevaría al absurdo de esperar que el individuo previamente dé noticia o alerte a su víctima del ilícito que pretende realizar o que actúe con lealtad hacia ella. De ésta forma y no habiéndose acreditado además el ánimo alevoso por el imputado, circunstancia subjetiva del autor, no se acogerá la agravante señalada.

**NOVENO:** Que respecto del delito de lesiones graves gravísimas, concurriendo tres atenuantes sin que existan agravaciones de responsabilidad, éste tribunal conforme al artículo 68 del Código Penal, rebajará la pena inicialmente señalada en dos grados, en especial teniendo presente la cantidad de circunstancias modificatorias de responsabilidad que le benefician.

Para graduar el monto de la multa se tendrá presente lo dispuesto en el artículo 25 y 70 del Código Penal, toda vez que consta que el imputado tiene un oficio que desempeña regularmente, y no habiéndose acreditado que carece de recursos económicos para hacer efectivo el pago de la multa que se impondrá, y estando facultado el tribunal para graduarla lo hará en su máximo.

**DÉCIMO PRIMERO:** Que teniendo presente que el imputado registra anotaciones prontuarias anteriores en su extracto de filiación y antecedentes, hacen imposible la aplicación de algún beneficio de la Ley 18.216, pues el hecho que este Tribunal haya acogido la atenuante de irreprochable conducta anterior o que haya transcurrido el tiempo para declarar la prescripción de los delitos y las penas, ello no implica que se pueda borrar o hacer desaparecer el hecho de haber sido condenado anteriormente, norma de carácter estricto y clara que no puede ser interpretada en otro sentido.

Y teniendo presente lo dispuesto por los artículos N° 1, 5, 11 N° 6, 8 y 9, 14, 15 N° 1, 18, 25, 30, 49, 50, 68, 69, 70, 397 N° 1 y 494 N° 5 del Código Penal; 45, 47, 343, 344, 351, 406, 412, 413 y 415 del Código Procesal Penal; se declara:

I.- Que se condena a CARLOS ALVARADO AMPUERO, ya individualizado, como autor de un delito de lesiones graves gravísimas, en perjuicio de Héctor Candía Armijo, hecho ocurrido en esta comuna el día 9 de mayo de 2004, a cumplir una pena de novecientos días (900) días de presidio menor en su grado medio, accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

II.- Que se condena a Alvarado Ampuero, como autor de un delito falta de lesiones leves en perjuicio de María Edith Pinto Ulloa, a pagar una multa de cuatro unidades tributarias mensuales, valor que tenga dicha unidad al momento del pago.

III.- Que asimismo se condena a Alvarado Ampuero, como autor de un delito falta de lesiones leves en perjuicio de Jeannette Fabiola Alvarado Ampuero, a pagar una multa de cuatro unidades tributarias mensuales, valor que tenga dicha unidad al momento del pago.

IV.- Que el sentenciado deberá cumplir la pena efectivamente impuesta, una vez que se presente o sea habido, sirviéndole de abono los días que permaneció privado de libertad en esta causa, esto es, del 11 de mayo del 2004 y hasta el quince de julio del mismo año.

V.- Que si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer el monto de la multa, sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión regulándose un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual, sin que pueda exceder de seis meses.

VI.- Que no se condena en costas al sentenciado, al haber renunciado a un juicio oral y público.

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.

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

RUC: 0400165666-5, RIT: 389-2004  
DICTADA POR DOÑA VERÓNICA HERRERA  
OCARES. JUEZ TITULAR DEL JUZGADO DE  
GARANTÍA DE CASTRO.



## TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

- **Condena al acusado a las penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, multa de 40 U.T.M., accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes.**

**Tribunal:** Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica.

### Resumen:

*La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, amparándose en la presunción del artículo 5 inciso 2 de la Ley 19.366. La Defensa solicitó la absolución argumentando que la cantidad de droga incautada demostraba que su representado era un adicto, y a lo sumo correspondería condenarlo por la falta del artículo 41 de la Ley 19.366. Además sostuvo que existía una posible falta de congruencia con la acusación. El Tribunal estimó que se había acreditado la ocurrencia del ilícito invocado por el Ministerio Público, así como la participación del acusado. Al efecto declaró que al ser la presunción del artículo 5 de la Ley 19.366 simplemente legal, para su destrucción la carga de la prueba pesaba sobre la defensa, pues no obstante el principio de inocencia que favorece a todo acusado, al consistir la prueba en un hecho negativo, escapaba a la responsabilidad del Ministerio Público, siendo el acusado quien debió justificar que la droga incautada era para su consumo personal y exclusivo próximo en el tiempo, especialmente cuando la forma de portar la droga era en 59 papellitos. Finalmente, en cuanto a la alegación de falta de congruencia por no haber hablado de venta de droga, el Tribunal señaló que la distinción resultaba irrelevante desde que la ley sanciona como delito de tráfico el simple porte de ésta.*

### Texto completo:

Arica, uno de noviembre de dos mil cuatro.

#### VISTO:

**PRIMERO:** Que con fecha veintisiete de octubre en curso, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, presidido por el juez don Jorge Quiñones Garat y constituido por los jueces don Rodrigo Olavarría Rodríguez y doña María Verónica Quiroz Fuenzalida, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rol único 0400118112-8 y rol interno del tribunal 100-2004, seguida en contra de **MARCELO EFRAÍN PEREIRA PÉREZ** chileno, soltero, 32 años de edad, Cédula de Identidad N° 12.768.720-K, natural de la Rinconada del Laja, pintor, domiciliado en calle General Lagos N° 733, Arica, actualmente en prisión preventiva en el Complejo Penitenciario de Acha, de esta ciudad.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público representado por el fiscal adjunto señor Francisco

Ganga Dinamarca, domiciliado en calle Manuel Rodríguez N° 363, Arica.

La defensa del acusado Marcelo Efraín Pereira Pérez estuvo a cargo de la Defensoría Penal Pública representada por el abogado señor Gonzalo Quiroz Espinoza, con domicilio en calle Baquedano N° 785, de esta ciudad.

**SEGUNDO:** Que los hechos en que se funda la acusación, según se lee en el auto de apertura del juicio oral, son los siguientes: <<El día 1 de abril de 2004, siendo aproximadamente las 22:00 horas, en el sector ubicado en Pasaje Esmeralda esquina General Velásquez de esta ciudad, el acusado fue sorprendido por personal policial portando en sus vestimentas un monedero que llevaba en el bolsillo derecho de su pantalón, la cantidad de cincuenta y nueve envoltorios confeccionados en papel revista, los cuales contenían clorhidrato de cocaína. La droga incautada tuvo un pesaje bruto

de 11 gramos 200 miligramos de clorhidrato de cocaína, con un grado de pureza del 91%.>>

Los hechos anteriormente descritos constituyen, en opinión del Ministerio Público, el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 5° de la Ley N° 19.366, en grado de consumado, en el cual atribuye al acusado la calidad de autor de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 N° 1 del Código Penal; sostiene que en la especie no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, en cuya virtud, en cuanto a la sanción, solicita la imposición de una pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, multa de cincuenta unidades tributarias mensuales, 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, comiso de las especies incautadas, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley N° 19.366, y el pago de las costas de la causa.

**TERCERO:** Que, ante el Juzgado de Garantía, los intervinientes no acordaron convenciones probatorias.

**CUARTO:** Que en su alegato de apertura el Ministerio Público, reiterando su calificación de los hechos como tráfico ilícito de estupefacientes, sostuvo que para ello tiene razones poderosas, la primera, pues no obstante tratarse de 11 gramos de peso bruto y 3 gramos neto de clorhidrato de cocaína, lo que en principio dificultaría calificar una conducta de tráfico con esa cantidad de droga, en este juicio habrá dos hechos no discutidos y ellos son, por una parte que Marcelo Pereira Pérez portaba los envoltorios y por la otra, que además es el autor de la conducta descrita. Aquí, señala, entra en juego la aplicación de las normas de la ley N° 19.366, en particular el artículo 5° inciso 2° con las llamadas presunciones de tráfico, elemento esencial, por cuanto el solo portar droga en la vía pública es sancionado por el legislador, sea como falta, sea como tráfico. A su juicio, la prueba que rendirá en el juicio oral permitirá formar convicción al tribunal de que es un delito de tráfico.

La segunda, es que la carga de la prueba en cuanto a la circunstancia excepcional de que la droga estaba destinada al consumo, según su contraparte sostendrá, será de la defensa, y cree que la prueba que esta rendirá, no va a ser de la con-

tendencia para arribar a la convicción de que esa droga, 11 gramos brutos o 3,0 gramos netos contenida en 59 envoltorios estaba destinada a un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo. Para acreditar los hechos, por el Ministerio Público depondrá en relación al objeto material la perito Rosa Vásquez Moya, quien demostrará que se trataba de clorhidrato de cocaína de alta pureza, de un 91%. Luego lo hará el doctor Daniel Muñoz Fuentes, perito del Servicio Médico Legal, quien dirá que el acusado no es adicto y eso hay que tenerlo presente dada la cantidad de envoltorios en que fue encontrada esta droga incautada, luego depondrán los funcionarios policiales aprehensores, que darán antecedentes indiciarios de que la droga encontrada a Marcelo Pereira estaba destinada a un fin ilícito como es su comercialización y no al consumo personal y exclusivo y próximo en el tiempo. Sostiene que es un juicio difícil, como Ministerio Público están convencidos de que este es un delito de tráfico, saben que la droga es poca, pero esperan formar la convicción en el tribunal de que se trata de un delito de tráfico y no de un mero porte que se sanciona como falta. En su alegato de clausura dijo que, como señaló en la apertura, este será un juicio difícil por tratarse de 3 gramos netos de clorhidrato y bruto 11 gramos, el imputado portaba esa cantidad de droga distribuida en 59 papelillos conforme a los dichos de los policías Ahumada y Cerna, lo que no ha sido discutido; el tema central es determinar si la droga estaba destinada al consumo o no y aquí es donde operan las presunciones del artículo 5° inciso segundo de la ley N° 19.366, por cuanto, en su opinión, la droga no estaba destinada al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, como tampoco a un tratamiento médico. Con la prueba ha quedado demostrado que el sector en que se produjo la detención es conocido por la venta de droga, se recibió la denuncia respectiva y se ubicó al acusado portando el alcaloide y si bien no se encontró dinero, tampoco fueron hallados elementos indiciarios de consumo, como pipas, encendedores u otros, lo que demuestra que no se aprestaba a consumir, a ello se suma la circunstancia de que los otros dos sujetos que con él se encontraba se dieron a la fuga, lo que también es indiciario de que alguien se está dedicando a un fin ilícito, como es la comercialización o venta de estos papelillos, a lo que se agrega la forma de distribución de la droga,

en 59 papelillos, y un consumidor, conforme a la experiencia, no porta esa cantidad de papelillos. El problema no pasa por la cantidad de droga como tampoco por la calidad de adicto del acusado, desde luego no existe norma legal que nos diga que con 3,0 gramos de cocaína no se comete el delito de tráfico, el tema de la cantidad no es importante sino la distribución de la droga y las circunstancias de la detención; respecto de la adicción el perito médico legal que lo examinó para determinar su eventual drogadicción dijo que lo observado debía ser completado con un informe siquiátrico o psicológico. En cuanto a la pericia de la defensa, el perito presentado por ésta lo califica como un sujeto de personalidad adictiva, sin embargo en ese informe faltaron elementos esenciales, lo menos que se puede pedir era chequear las náuseas u otra conducta de las que describe como adictivas, con otros elementos, lo que no se hizo, además el propio perito de la defensa manifestó que al momento de la entrevista se manifestó cooperador, tranquilo, y eso no se condice con síntomas de abstinencia como irritabilidad, náuseas, ansiedad, que le son propios; eso no existía al momento del peritaje de adicción como para pensar que los 59 envoltorios estaban destinados al consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. No hubo adulteración de la droga, la cadena de custodia es indemne y la prueba rendida lo demostró, no hubo otra prueba que pudiese demostrar lo contrario, los reactivos que aplica carabineros no son los mismos que aplica el Instituto de salud Pública y puede haber diferencia.

En este juicio oral debe analizarse la conducta del acusado el día de los hechos, no hubo pipas u otros elementos propios del consumo y las máximas de la experiencia indican por tanto que no hubo consumo ni hay adicción. El peritaje médico legal concluyó que no era adicto, por su parte el peritaje de la defensa resultó insuficiente. Sólo nos queda la conducta y creen que a su juicio el día 01 de abril el señor Pereira cometió una conducta que la ley ya presume tráfico, que es el portar esta droga, y la forma como estaba distribuida y con los antecedentes a que ya ha hecho mención, esa droga estaba destinada a la venta o comercialización, y no a otro fin.

**QUINTO:** Que el Ministerio Público, con el objeto de justificar su relato y acreditar el hecho punible que motiva la acusación, presentó prueba testimonial, pericial documental, material y otros medios de prueba:

## I.- TESTIMONIAL.

1- Declaró en estrados **Cristian Sanzana Ortega**, carabinero, quien señala que su intervención en este procedimiento del día 02 de abril de presente año consistió en hacer la entrega de la droga a la sección farmacia del Servicio de Salud, consistente en 59 envoltorios de cocaína, cuyo peso era 11 gramos y 200 miligramos de cocaína base y, luego entregó las evidencias a la fiscalía. El monedero lo entregó el personal de la Tercera Comisaría al Ministerio Público.

El fiscal le exhibe la evidencia N° 3 contenida en el punto N° 4 del párrafo <<prueba material>> del auto de apertura, consistente en 59 envoltorios que, como dijo, entregó en el Servicio de Salud al químico farmacéutico Alejandro Roa Oppliger, los que reconoce.

Contrainterrogado por la defensa, reitera que en su declaración habló de pasta base por ser una sustancia granulada color beige, lo que les llevó a concluir pasta base, el clorhidrato es cristalino.

2.- Atestado de **Mario Cabezas Murillo, Técnico en evidencias del Ministerio Público**, quien expuso que en esa entidad recibió las evidencias, consistentes en una prueba de campo narcotest, un monedero y 59 envoltorios, agrega que los envoltorios los entregó el Carabinero Cristian Sanzana y el monedero el estafeta de esa repartición de apellido Mardones, acota que una vez recibida no se puede confundir la evidencia pues se encuentra en custodia, sin acceso de terceros.

El fiscal le exhibe evidencia material N°s 1, 2 y 3, del apartado 4) del auto de apertura, las que reconoce pues tienen el logotipo del OS-7 y el rótulo de la fiscalía, en todas ellas.

Contrainterrogado por la defensa, manifiesta que una vez recepcionadas no se pueden confundir las muestras, las entidades que practican la diligencia las entregan directamente en la fiscalía, se rotulan y vienen identificadas. Concluye afirmando que es imposible su confusión y su adulteración.

3.- Depuso en estrados **Andrea Ahumada García**, carabinero de OS-7, quien señala que trabaja en la patrulla del microtráfico que atiende a la ciudadanía en los llamados al 135 o cartas de denuncia de microtráfico. Acota que el 01 de abril, ella, el cabo Ibáñez y el Cabo Cerna estaban de servicio, el cabo Ibáñez recibió una denuncia al 135 que señalaba que en la población ex estadio una persona estaba vendiendo droga, esa persona era reite-

rada en los denuncios anteriores; que fueron al lugar ella y el cabo Cerna, casi frente al casino, en Velásquez con Esmeralda había tres personas, más o menos como en un círculo, en un lugar oscuro. Se dieron la vuelta en el vehículo y fueron a controlar a dichas personas, el vehículo es conocido y al verlos se distribuyeron, hicieron control de identidad al imputado, lo hizo ella con el cabo Cerna, les facilitó su carné y paralelamente verificaron su nombre y dirección. Revisó al acusado, le incautó un monedero con los envoltorios de pasta base, le leyeron sus derechos y se le detuvo. Acota que el sector de detención es un punto recurrente de foco de droga. Señala que registró las vestimentas del acusado y, aparte de los envoltorios y el monedero, no encontró otros elementos como pipas, o alambres para la limpieza de estas, no andaba desaseado como es común en los consumidores. Acota que la especie incautada en poder del acusado fue un monedero tipo mochila que contenía los 59 envoltorios de pasta base en papel tipo revista.

El fiscal le exhibe pruebas materiales N<sup>os</sup> 2 y 3 del punto 4) << prueba material>> del auto de apertura consistentes en el monedero y los 59 envoltorios, los que reconoce. Reconoce asimismo al acusado en la audiencia, lo describe por su actual vestimenta y preguntado éste por su identidad, se identifica como Marcelo Pereira Pérez.

Contrainterrogada por la defensa, señala que no encontró dinero en los bolsillos del acusado, pero explica que hoy no es necesario encontrarle dinero pues puede él estar vendiendo y otro más alejado recibiendo el dinero, en todo caso esta situación no se advirtió. Señala que sí abrió el monedero y era cocaína base, pues su color era beige y el clorhidrato es cristalino, blanco. Acota que con posterioridad a los hechos se ha encontrado con el acusado y controlado su identidad varias veces. Preguntada por uno de los jueces si en esas otras oportunidades le ha hallado droga, responde que no. Acota que en el sector donde se le detuvo se vende droga, no sabe si la consumen ahí mismo.

4.- **Héctor Cerna Torres**, carabiniere de la sección microtráfico de OS-7 quien manifiesta que el 01 de abril de 2004, en la noche, el cabo Ibáñez ordenó concurrir a Velásquez con Esmeralda pues allí van personas a comprar droga por cuanto hay negocios de alcoholes y está el casino; por un llamado que hubo, él y la carabiniere Ahumada concurren al lugar para verificar si el acusado se en-

contraba comercializando droga y es así que al pasar por el lugar vieron a un grupo de tres personas quienes, al percatarse del vehículo policial, que es conocido, se "abrieron", Marcelo se fue por Esmeralda, le dan alcance y, al revisarlo, la carabiniere Ahumada le encontró en un monedero que portaba, cincuenta y nueve envoltorios con pasta base de cocaína, en tanto que los otros dos sujetos tomaron rumbos distintos y no los siguieron pues ellos eran sólo dos policías en la diligencia. Acota que aparte de estas especies no encontraron al acusado nada más que diere indicios de ser consumidor, tales como pipas u otros elementos utilizados al efecto para el consumo; no portaba dinero al momento de su detención. Agrega que al lugar concurren por denuncias recibidas en el fono drogas 135, que al ver a los sujetos y luego dar la vuelta para su control, no los perdieron de vista pues la carabiniere Ahumada siempre tuvo alcance visual hacia ellos.

El fiscal exhibe al testigo la evidencia material ofrecida, signada 2 y 3 del párrafo 4) << prueba material>> del auto de apertura, consistente en un monedero de color café tipo mochila y los 59 envoltorios contenedores de pasta base de cocaína a que hizo referencia, los que reconoce como aquellos incautados al acusado por la carabiniere Ahumada durante la diligencia, los que en ente acusador incorpora legalmente al juicio. Acto seguido, reconoce al acusado en la audiencia, quien preguntado por su identidad, dice llamarse Marcelo Efraín Pereira Pérez.

Contrainterrogado por la defensa, reitera que en el lugar de la detención se comercializa droga y supone que también se consume; que dijo que era pasta base de cocaína, por el color beige que presentaba, en tanto que el clorhidrato es cristalino, brillante. Señala que en la diligencia la droga no se abre completa, se selecciona un solo envoltorio para hacer la respectiva prueba de campo; que la droga se separa en el Servicio de Salud. Finaliza señalando que al acusado en otras ocasiones se le ha controlado identidad en el sector céntrico; que de los hechos tomaron conocimiento por las reiteradas denuncias recibidas relativas a tráfico en el lugar, una de ellas la llamada al fono 135 recibida esta vez por el cabo Ibáñez, en la cual no se señaló la individualización de la persona respecto de la cual esta se formulaba pero, por intuición y observando sus actitudes, se decidió controlar al acusado, con el resultado ya conocido.

5.- Compareció en estrados **Luis Ibáñez Fuentes**, cabo primero de carabineros a cargo de la patrulla de microtráfico de la sección OS-7, quien manifiesta que en esa patrulla trabaja con la carabinero Ahumada García y con el carabinero Cerna Torres, el día 01 de abril del año en curso lo llamó por teléfono a la unidad una persona que lo conoce diciéndole que en el sector de Esmeralda con Velásquez se estaba traficando droga; que el sector señalado, ubicado en las inmediaciones del casino, ha sido denunciado por residentes del mismo por el teléfono 135 por diferentes delitos, entre ellos, por consumo y microtráfico; que en tal virtud dio la orden al cabo Cerna y a la carabinero Ahumada para concurrir al lugar, él no concurrió a la diligencia y era efectiva la denuncia, los sujetos al ver a los policías se separaron y uno de ellos, al que pudieron detener, portaba un monedero con la droga, esta era de color beige, la prueba de campo la practicó el cabo Cerna, arrojando positivo para clorhidrato, se trataba de 59 envoltorios, lo que es propio de microtraficantes por cuanto los consumidores sólo andan con uno o dos papellitos y elementos para su consumo; agrega que al pesaje arrojó un bruto de 11,2 gramos, que es el peso del total de la droga con los envoltorios, y un neto, que es sólo la droga, de 3,0 gramos. Acota que ellos no manipulan el alcaloide, en el Servicio de Salud se abre, se vacían los contenedores y se procede a la toma de muestras para su análisis, y de contramuestras, que se mantienen en custodia; que la cantidad de 3,0 gramos distribuida en 59 envoltorios se explica porque la droga la compran en bolsas en la suma de \$ 10.000.- y luego la sacan en un sachet como de aspirina, la que posteriormente venden por dosis y probablemente el acusado la compró para obtener luego la suma de \$ 30.000. Acota que al enjuiciado al momento de su detención no se le encontraron utensilios de consumo, que un consumidor por lo general porta una pipa, un vástago para su limpieza y uno a tres envoltorios para ser consumidos, además se caracterizan por tener las manos y las uñas sucias, andan malolientes y desaseados. Manifiesta que él no concurrió a la diligencia, lo hicieron sólo los dos funcionarios policiales que ha nombrado, quienes le relataron los pormenores de la misma y trajeron a la unidad al detenido con las evidencias señaladas. Finalmente, reconoce en la audiencia al acusado a que hizo referencia, quien preguntado por su identidad dijo llamarse Marcelo Pereira Pérez.

Contrainterrogado por el defensor, manifiesta que es posible consumir la droga con un cigarrillo, es decir, con objetos que no sean precisamente pipas, que vio la droga incautada y su color era beige; acota que el lugar es de venta y consumo pues normalmente merodean prostitutas en el sector.

## II.- PERICIAL:

1.- Atestado de **Daniel José Fuentes Muñoz**, médico cirujano del Instituto Médico Legal quien manifiesta que en el peritaje de adicción practicado al acusado en abril, se hizo una anamnesia dirigida, el peritado dijo que desde hace 15 años consumía pasta base de cocaína, \$ 10.000.- a la semana; que había sido acusado de tráfico y que su último consumo había sido en día anterior a la detención. En el examen físico no hubo sospecha de adicción, las conclusiones se basan en un relato de consumo de 15 años, hecho por el examinado, quien manifiesta que por \$ 10.000.- adquiría una caja de pasta base de cocaína. Agrega que las conclusiones de su informe son más bien superficiales pues se basan en el relato del examinado y lo que pudo ver desde afuera. Que el peritaje es mucho más válido cuando se complementa con un examen siquiátrico o psicológico del paciente y con un examen de droga, que él no tuvo.

Concluye que se trata de un consumidor ocasional de pasta base de cocaína, sin signos de adicción desde el punto de vista físico y cuyo resultado del examen de orina quedó pendiente.

Interrogado por el fiscal, señala que hizo un examen físico al acusado, que en general los adictos muestran un aspecto caricaturesco pues tienden a tener un estado de desnutrición calórico proteica por falta de alimentación, caída del pelo, mal cutis, apariencia desgarbada, el examen cardiopulmonar es deteriorado, se presentan ojerosos, anímicos; y a nivel interno podría presentarse un daño hepático o visceral. Ante la pregunta de si es posible que alguien consuma 60 papellitos diarios de pasta base de cocaína, manifiesta que de hacerlo ello lleva a un peligro de intoxicación, eso es feo con la vida.

El fiscal Incorpora en la audiencia el informe pericial presentado por el deponente.

Contrainterrogado por la defensa, manifiesta que al hablar de 60 papellitos se refiere a 60 gramos, y que 2 gramos en 60 papellitos, un consumidor los puede tolerar sin riesgo vital. Acota que el informe realizado al acusado fue superficial pues

gran parte de las adicciones no son solamente físicas sino también síquicas. Señala que desde el punto de vista síquico, él no es siquiátra y que lo ideal en un examen de este tipo sería complementarlo con un examen siquiátrico o sicológico. Manifiesta que no es experto en pasta base pero ante una pregunta del defensor responde que la pasta base contiene acetona como también ácido sulfúrico, los cuales son componentes dañinos que provocan daño óseo o la caída de los dientes.

2.- Declara a través de video conferencia la perito **Rosa Vásquez Moya**, químico farmacéutico del Instituto de Salud Pública, quien señala que recibió la muestra N° 548 proveniente del Servicio de Salud de Arica conteniendo 2,2 gramos de un polvo beige, la que arrojó resultado de cocaína clorhidrato al 91% de pureza; agrega que además recibió un reservado con el que se envía la muestra del Servicio de Salud de Arica, a ellos les llega sólo la muestra con un número asignado en el Instituto de Salud Pública, ignoran la procedencia. Acota que una valoración de 91% demuestra que se trata de una cocaína de alta pureza, por tanto sus efectos se manifiestan con un efecto potente por la hiperactividad en el individuo, que si no está acostumbrado a la droga de alta pureza puede sufrir un infarto u otras consecuencias nocivas al organismo.

Interrogada por el fiscal, manifiesta que entre pasta base de cocaína y el clorhidrato existe una gran diferencia, puesto que la primera es una cocaína en etapa intermedia de purificación, es más impura, contiene aún muchas sustancias tóxicas, en cambio el clorhidrato es purificado, casi no tiene contaminantes. Terminada su deposición, el fiscal incorpora en audiencia el informe de la perito.

Contrainterrogada por la defensa, respecto a si es posible que un consumidor habitual consuma 2 gramos de droga en un día, señala que sí, normalmente la consume una vez, al día siguiente para lograr el mismo efecto requiere más consumo. Acota que dos gramos es para uso personal.

### III.-DOCUMENTAL:

1.- Extracto de filiación del acusado, que da cuenta de anotaciones pretéritas en diversas causas: a) Rol N° 11.002/1992 del Cuarto Juzgado de Arica, por robo en lugar no habitado, condenado el 25 de agosto de 1993 a 61 días, pena cumplida; b) Rol N° 50.838/1994 del Primer Juzgado del Crimen de Arica, por hurto falta, condenado el 25 de noviembre de 1994 a 20 días de prisión, pena cumpli-

da; c) Rol N° 33.221/1995 del Tercer Juzgado de Letras de Arica, declarado reo el 6 de marzo de 1995 por tráfico ilícito de estupefacientes; d) Rol N° 92/1996 del Cuarto Juzgado de Letras de Arica, condenado el 20 de mayo de 1997 a la pena de 300 días más 541 días de presidio menor en su grado medio, por robo en lugar no habitado (2), pena cumplida el 21 de septiembre de 1998; Resolución Exenta 78 del 12 de junio de 1998, concede beneficio de libertad condicional e) Rol N° 39.198/1999 Tercer Juzgado de Letras de Arica, robo en grado de frustrado, condenado artículo 442 N° 1 del Código Penal, sentencia del 19 de noviembre de 1999, condenado a 60 días de prisión, pena cumplida; f) Rol N° 60.238/2001, Primer Juzgado de Letras de Arica, lesiones menos graves y robo en lugar no habitado, condenado con fecha 4 de julio de 2002 a la pena única de 301 días más 541 días de presidio menor en su grado mínimo, (sic) pena cumplida el 24 de agosto de 2003; g) Rol 3.018/2002 Juzgado de Garantía de Arica, autor de robo en lugar no habitado, sentencia de 2 febrero de 2004, condenado a 85 días de presidio menor en su grado mínimo, pena cumplida; h) Registro especial de faltas, artículo 48 Ley N° 19.366. Causa Rol N° 189 del Primer Juzgado de Letras de Arica, autor de falta prevista en el artículo 41 de la Ley N° 19.366 condenada a multa de 1 UTM y accesorias, ejecutoriada el 7 de agosto de 1998.

2.- Ordinario N° 1063/2003 de Gendarmería de Chile, de fecha 21 de abril de 2004, que informa que en las causas rol N° 60.238-3 y acumulada 61.163-5, ambas del Primer Juzgado del Crimen de Arica, por robo con fuerza y lesiones menos graves, dio cumplimiento a la condena egresando con fecha 24 de agosto de 2003.

3.- Copia autorizada de la sentencia dictada en la causa rol N° 60.238-3 y acumulada Rol N° 61.163-5 antes referidas, en que consta que por sentencia de 21 de febrero de 2002, confirmada en segunda instancia con fecha 4 de julio de 2002 fue condenado a sufrir la pena de 301 días de presidio menor en su grado mínimo como autor de lesiones graves cometido en Arica el 19 de septiembre de 2000 y a la pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, como autor del delito de robo en lugar no habitado, cometido el 6 de mayo de 2001.

4.- Oficio reservado N° 553 de fecha 5 de julio de 2004, emitido por el Servicio de Salud de Arica, Asesoría Farmacia, que remite al fiscal de

turno copia del protocolo N° 2471 del Subdepartamento Químico Analítico del Instituto de Salud Pública, que indica que la muestra Acta N° 548 polvo beige corresponde a cocaína clorhidrato 91% y adjunta informe sobre tráfico y acción de la cocaína en el organismo.

5.- Acta de Recepción de droga N° 142 de 2 de abril de 2004 del Ministerio de salud, Servicio de Salud de Arica, Subdirección Médica, Asesoría de Farmacia, por Decomiso de la Ley 19.366, que señala haberse recibido con la señalada fecha en la Asesoría de farmacia conforme al artículo 26 de la ley N° 19.366, oficio N° 232 y parte N° 986 de 01 de abril de 2004 de OS-7 de carabineros de Arica, que envía a esa dirección del Servicio de salud lo siguiente: Presunta sustancia: Granulado beige seco (59 papelillos); Peso bruto: 11,2 grs.- peso neto: 3 grs. Se toman 2 grs. de muestra y 1 gr. de contramuestra Entregado a esa dependencia por el funcionario Cristian Sanzana Ortega, Cabo 2° OS-7 de Arica. Firmado por Alejandro Roa Oppliger, Farmacéutico subrogante S.S. Arica.

6.- Informe de Adicción N° 011/2004 del Servicio Médico Legal de Arica; de fecha 7 de abril de 2004, respecto del acusado Marcelo Pereira Pérez, a cuyo tenor prestó declaración el perito Daniel José Fuentes Muñoz, médico legista de Arica. Concluye que se trata de un consumidor habitual de pasta base de cocaína sin signos de adicción.

#### IV.- PRUEBA MATERIAL:

- 1.- Un monedero de cuero color café.
- 2.- Cincuenta y nueve envoltorios de papel revista contenedores de la droga.

La Fiscalía no incorpora al juicio la prueba de campo narcotest ofrecida en el auto de apertura.

**SEXTO:** Que, con la prueba descrita precedentemente, no desvirtuada, consistente esta en los testimonios de los funcionarios de Carabineros Héctor Cerna Torres y Andrea Ahumada García quienes, de manera clara, categórica y pormenorizada dieron cuenta de las diligencias realizadas durante la pesquisa, anteriores, coetáneas y posteriores a la detención del acusado, las relativas al hallazgo e incautación de droga y objetos asociados al mismo, en que intervinieron; de Mario Cabezas Murillo y de Cristian Sanzana Ortega, quienes refirieron a la indemne cadena de custodia de la evidencia material y demás elementos asociados a la misma; la prueba material incorporada al juicio reseñada en el acápite pertinente y descrita en la audiencia,

en particular los contenedores de la droga; la documental pertinente referida al acta de recepción de la misma, con más, los dichos de la perito farmacéutica del Instituto de Salud Pública Rosa Vásquez Moya, quien refirió al análisis sobre pureza y naturaleza de la droga, atestados todos vertidos de la manera reseñada en el considerando quinto, constitutivos de un conjunto de antecedentes que apreciados libremente conforme lo autoriza el artículo 297 del Código Procesal Penal, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, permiten al tribunal acreditar, más allá de toda duda razonable, el siguiente hecho: Que el día 01 de abril del 2004, siendo aproximadamente las 22:00 horas, en el sector ubicado en Pasaje Esmeralda esquina General Velásquez de esta ciudad, el acusado fue sorprendido por personal policial portando en sus vestimentas en un monedero que llevaba en el bolsillo derecho de su pantalón, la cantidad de cincuenta y nueve envoltorios confeccionados en papel revista, los cuales contenían clorhidrato de cocaína, alcaloide éste que, incautado, tuvo un pesaje bruto de 11 gramos 200 miligramos y un neto de 3 gramos, con un grado de pureza del 91%.

**SÉPTIMO:** Que el hecho establecido en el motivo anterior configura el delito de tráfico ilícito de estupefacientes contemplado en el artículo 5° de la Ley N° 19.366, en la medida que habiéndose encontrado en poder de una persona una de las sustancias estupefacientes –clorhidrato de cocaína– a que refiere el inciso primero del artículo 1 de la precitada ley, contemplada en el Decreto Supremo N° 565, de 9 de junio de 1995, del Ministerio de Justicia, se acreditaron los elementos de la presunción de tráfico ilícito contenida en el artículo 5° inciso segundo de la misma, por cuanto no se justificó su posesión mediante la autorización competente, sin que por su forma de dosificación, en 59 papelillos, conforme a los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, aparezca que dicha sustancia haya estado destinada a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, sino por el contrario, que estaba destinada a ser traficada.

**OCTAVO:** Que la participación del acusado **Marcelo Efraín Pereira Pérez** ha resultado establecida en el juicio con el mérito de los antecedentes probatorios y elementos de convicción aportados por el ente acusador, reseñados en el motivo

quinto, no desvirtuados, en especial con las declaraciones de los funcionarios de carabineros Héctor Cerna Torres, Andrea Ahumada García y Luis Ibáñez Fuentes, testigos todos que de manera clara, conteste, categórica y pormenorizada dieron cuenta, los dos primeros, de las diligencias realizadas durante la pesquisa, previas, coetáneas y posteriores a la detención del acusado, y de aquellas relativas al hallazgo de la droga y evidencias materiales incautadas durante la misma, relacionadas con el delito que se investiga, y el último, a aquellas posteriores a su detención, quienes en estrados dieron además razón suficiente y circunstanciada de sus dichos y al momento de sus respectivas deposiciones reconocieron al acusado como la persona a quien, en las condiciones que describen, los dos primeros incautaron la droga y evidencias materiales que les fueron exhibidas, también reconocidas en el juicio; antecedentes todos que apreciados libremente, de manera unívoca, en la medida que éstos han sido precisos, indubitados y coherentes, permiten establecer, más allá de toda duda razonable, como hecho de la causa, que el acusado Marcelo Efraín Pereira Pérez intervino en el ilícito establecido en el fundamento séptimo, de una manera inmediata y directa, esto es, le cupo una participación en calidad de autor del mismo, conforme lo dispone el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

**NOVENO:** Que el acusado hizo uso de su derecho a guardar silencio y la defensa, en su alegato de apertura, expuso que su representado Marcelo Efraín Pérez Pérez es un consumidor habitual de pasta base de cocaína desde los 14 años de edad, y tiene condenas anteriores por consumo; que se trata de un consumidor habitual por cuanto no tiene la calidad de drogadicto, y así lo dirán los peritos en la audiencia; en su momento desarrollaba una actividad laboral. Sostiene que el 01 de abril de 2004, en circunstancias que quería consumir droga y no tenía dinero para adquirirla, se dirigió a Blanco Encalada, le sustrajo la droga a quien en ese momento la vendía y cuando se aprestaba a consumirla, fue sorprendido por carabineros, con la droga y sin dinero en su poder. Agrega que en los hechos descritos, el auto de apertura señala únicamente que el acusado fue sorprendido portando droga en sus vestimentas, no habla de venta, pues de lo contrario habría incongruencia en los términos que refiere el artículo 341 del Código Procesal Penal. Aco- ta que el problema se centra en determinar si por-

tar 3,0 gramos de pasta base de cocaína satisface el delito de tráfico ilícito de estupefacientes por cuanto en el ilícito que nos ocupa el bien jurídico protegido es la salud pública, que difícilmente se vería afectada por tres gramos de cocaína, por ello cree que no y, en consecuencia, solicita la absolución del acusado; agrega que los peritos depondrán sobre su adicción. En la clausura reitera su ponencia en cuanto dijo al iniciarse el juicio que difícilmente iba a poder acreditarse tráfico y así, manifiesta que el perito médico legal Daniel Fuentes Muñoz dijo que su informe de adicción del acusado era superficial y para su complemento se requería un informe siquiátrico, especialidad que no profesa, que dos gramos era propio de un adicto y lo encuadró como consumidor habitual (sic) y, por lo señalado, no pudo decir o concluir que sea adicto. Acota que la perito química farmacéutica del Instituto de salud Pública Rosa Vásquez Moya, dijo que dos gramos era una cantidad factible para consumo por cuanto cada vez se requiere más droga para arribar al efecto inicial, esto es, se produce tolerancia; en cuanto a los policías, sostiene que hablaron de una sustancia beige propia a pasta base de cocaína, para luego señalar que la cocaína clorhidrato era de otro color, por lo que ignora qué pasó con la cadena de custodia y no discutirá el tema mayormente; el encargado de custodia, Mario Cabezas Murillo, técnico en evidencias del Ministerio Público sobre el punto, adujo que era imposible que se mezclen las muestras, circunstancia esta que cuesta un poco creer puesto que nadie es tan infalible como para poder afirmarlo tan categóricamente; que la testigo Ahumada dijo que se recibió una denuncia de consumidores y vendedores y no refirió a individualización de personas; que fueron e hicieron un control de identidad a una persona que resultó portar esta cantidad de droga; dijo además que el sector es de venta y consumo, que los vio sospechosos y detuvo al enjuiciando, no habló de ningún comprador, no vio venta de droga; que en igual sentido depone el cabo Cerna quien habló de una droga de color beige; que llegan al sector y no buscan a determinada persona, eligen a quien les pareció; que el cabo Ibáñez dijo que en el lugar no había pipas pero que también se puede consumir con cigarrillos, que el mismo deponente manifestó haber recibido una llamada que dio origen al procedimiento, pero sin individualizar personas respecto de las cuales iba dirigida la denuncia; que el perito

de la defensa manifestó que el acusado era adicto, no aclaró eso si lo del síndrome de abstinencia, lo que no le parece de la mayor relevancia, pero lo sometió a test que dieron cuenta en él de una personalidad sicopática compatible con droga, lo que se corrobora con sus antecedentes de consumo por cuanto el enjuiciado tiene antecedentes de esa naturaleza, incluso tiene un auto de procesamiento por drogas que en definitiva derivó a un consumo de la misma, como asimismo de robos y delitos menores, para poder consumir droga. En consecuencia, todos los antecedentes señalados enseñan que se detuvo a una persona que portaba tres gramos de droga, que no estaba en ninguna circunstancia de comercialización y respecto de la cual existen antecedentes claros y verosímiles de que es un adicto.

Sostiene que la acusación señala que su representado fue detenido portando 59 papelillos conteniendo 11,20 gramos bruto, no habla de neto pero este fue de 3,0 gramos, no se habla en ella de comercio y sólo refiere a la presunción del artículo 5º en relación al tráfico, cualquiera otra circunstancia respecto de venta excede la acusación e infringe el artículo 341 en relación al artículo 159 (sic) del Código Procesal Penal relativo a la congruencia que debe haber entre la formalización, la acusación y la sentencia, eso es lo que se discute, es decir, en definitiva, si portar tres gramos de droga constituye la presunción de tráfico del inciso 2º del artículo 5º en relación al artículo 1º de la ley de drogas. Agrega que el fiscal ha sostenido que la droga que el acusado tenía era tráfico, pero no hay antecedentes para ello, que lo único probado es que la portaba y la llevaba consigo, no hay antecedentes de comercialización y aunque los hubiere, no podrían discutirlo por lo señalado anteriormente; que la denuncia se refería al tráfico y los policías hablaron de ser el lugar de la detención un sitio para tráfico y consumo, pero nadie habló de venta, sólo de control de identidad; se habló de que no habían utensilios pero el mismo policía señaló que se puede consumir con cigarrillos, los que se compran por unidad, que además es un sector donde muchas personas consumen y al que el imputado había ido otras veces y es fácil conseguir utensilios para consumir; que lo que importa es la comercialización o venta pero ello no está entre los hechos de la acusación. Concluye que no hay prueba que exceda los términos de la acusación, no existe prueba de comercialización, que se hizo un control al azar y

su representado al ser detenido no desarrollaba conductas de tráfico, que se trata de 3 gramos netos del alcaloide y existen antecedentes en su representado, de consumo; que el tráfico de que se habla excede el artículo 5º de la ley N° 19.366, no hay bien jurídico dañado, por tanto, no estamos frente a un tráfico y debe dictarse sentencia absolutoria. Para el evento de condena, solicita se sancione por falta del artículo 41 de la ley.

El fiscal, haciendo uso de su derecho de réplica, sostuvo que, respecto de las anotaciones de condena por consumo de estupefacientes a que aduce la defensa, no obran antecedentes, no se ha probado y ello no pasa sino de ser una mera afirmación de la defensa; en cuanto a la infracción al artículo 341 del Código Procesal Penal, a que refiere, es no entender el tráfico y en particular el artículo 24 de la ley N° 19.366 que sanciona desde que hay principio de ejecución, lo que se conecta con el artículo 5º de la misma, presunciones de tráfico que están unidas a la posibilidad de difusión incontrolada a través de la comercialización, por lo que de manera alguna se está excediendo el artículo 340. (sic). Finalmente señala que el tema del peso de la droga, si bien es relevante, más aún lo es la conducta del agente para determinar si estamos frente a un consumo o si por el contrario nos encontramos frente a un tráfico, y la prueba rendida demuestra que sí lo hubo.

Usando también del derecho de réplica, la defensa sostuvo que el Ministerio Público debió probar que hubo condena por consumo, al señalar que el acusado tiene anotaciones en su prontuario; que en la apertura y clausura refiere a las circunstancias, pero nada hay que diga relación al comercio y los testigos nada dijeron que aporte luces respecto del comercio, elemento necesario para configurar el delito por el cual se acusa.

**DÉCIMO:** Que en apoyo a su pretensión, la defensa rindió **prueba pericial** y al efecto hizo comparecer en estrados a don Ricardo Martín Gómez, psicólogo quien manifiesta haber practicado un peritaje de adicción al acusado, a quien describe como un sujeto con evidente estado de deterioro físico y orgánico, sobresale un quiste sebáceo de gran tamaño en su pómulo izquierdo y falta total de piezas en su dentadura superior, presenta una actitud positiva frente al evaluador, se muestra sumiso y cooperador, entendiendo sin mucha dificultad las consignas de la entrevista, ejecutándola sin reparo al-

guno. En general se muestra tranquilo y su ansiedad parece estar bien controlada, salvo en la etapa final de la evaluación, en la cual, las tareas ejecutadas lo ponen ansioso, presumiblemente por el nivel de concentración que exigen las pruebas. Sobresale el esfuerzo desmedido a lo normal o un alto grado de fatiga mental que realiza para ejecutar los test gráficos y proyectivo, el aumento de fatiga mental se correlaciona fuertemente con el aumento de su ansiedad.

Con respecto a sus relatos de los sucesos, se declara consumidor adicto a la pasta base, desde los 14 años de edad. Niega ser traficante, alude a la pobreza marginal en que ha vivido desde pequeño, con miembros parentales drogadictos al mismo estimulante. Concluye que de una perspectiva de salud psicológica mental es posible determinar que el imputado presenta rasgos de personalidad psicopática que concuerdan con el perfil de un adicto o que están presentes en una personalidad adictiva.

Contrainterrogado por el fiscal, señala que para su informe se entrevistó solo una vez con el acusado, y por lo que observó, constató una deprivación, náuseas, pérdida del apetito, y caída del cabello. Señala que el peritaje lo hizo el 19 de julio, el examinado estaba privado de libertad no sabe desde cuándo y que la pérdida de la dentadura puede ser resultado de consumo de pasta base, lo que ha visto en su experiencia profesional.

Preguntado por uno de los jueces, responde que para evacuar el informe pericial sobre el cual está deponiendo, no aplicó al acusado ningún test para verificar la veracidad de su relato.

Previo reconocimiento de su informe por el deponente, se le tuvo por incorporado legalmente al juicio.

**UNDÉCIMO:** Que no se dará lugar a la petición de la defensa, en cuanto solicita la absolución del enjuiciado, como tampoco a la petición subsidiaria de condenar por falta a que refiere el artículo 41 de la ley, ello, a virtud de la conclusión a que se ha arribado en los motivos séptimo y octavo, pues por lo allí expuesto se tuvo por acreditado tanto el delito de tráfico de estupefacientes materia de la acusación, como la participación de autor que en el mismo cupo al acusado. La defensa centra su teoría del caso en que su representado, un consumidor habitual de cocaína desde temprana edad, el día de los hechos, en circunstancias que quería consumir droga y carecía de dinero para comprarla, se

dirigió a General Velásquez y, luego de sustraer la droga a un tercero que en ese momento la vendía, se aprestaba a consumirla, momento en que fue sorprendido por carabineros, con la droga y sin dinero en su poder. Señala que conforme a la exposición de los hechos contenida en el auto de apertura, el acusado fue sorprendido portando droga en sus vestimentas, no habla de venta, luego, referir a ella produciría incongruencia en los términos que refiere el artículo 341 del Código Procesal Penal. Sostuvo que el problema se centra en determinar si portar 3,0 gramos de cocaína satisface el delito de tráfico de estupefacientes por cuanto el bien jurídico protegido, la salud pública, difícilmente se vería afectada por tres gramos de cocaína, lo que cree que no y, en consecuencia solicita la absolución del acusado y, en subsidio, se le condene como autor de falta contemplada en el artículo 41 de la ley N° 19.366.

Que estos juzgadores, por lo concluido, no comparten la ponencia de la defensa y, al efecto, tienen presente que el artículo 5° inciso segundo de la ley N° 19.366 establece la presunción de tráfico al señalar, entre otros verbos rectores, que: "se entenderá que trafican los que sin contar con la autorización competente..., "porten" consigo tales sustancias o materias primas, <<a menos que justifiquen que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo>>, presunción ésta simplemente legal para cuya destrucción la carga de la prueba pesaba en la defensa, pues no obstante el principio de inocencia que favorece al acusado, consagrado en el artículo 4° del Código Procesal Penal, que en nuestro sistema procesal actual obliga al ente acusador desvirtuar, no es menos cierto que la destrucción de la presunción de tráfico contenida en el precitado artículo 5° es un hecho negativo que escapa a la responsabilidad del Ministerio Público y es el acusado quien debe <<Justificar>> los presupuestos que ella exige, esto es, que la droga que portaba estaba destinada a los fines que ella consigna, ya referidos, lo que éste no hizo, por cuanto la única probanza rendida al efecto son los dichos del perito sicólogo Ricardo Martín Gómez, en cuanto refiere haber hallado en el examen al peritado rasgos de personalidad sicopática que concuerdan con el perfil de un adicto o que están presentes en una personalidad adictiva, lo que resulta insuficiente a tal propósito, por cuanto ha quedado establecido,

y es un hecho no discutido en el juicio, que portaba esa droga y, su forma de distribución o dosificación en 59 papelillos, no es sino demostrativa de tráfico ilícito de estupefacientes pues, conforme a los principios de la lógica y a las máximas de la experiencia, aún aceptando hipotéticamente que nos encontremos frente a un adicto, lo que no ha resultado tampoco probado, nadie que adolezca de esa malva a portar en plena vía pública la droga que se dice pretendía consumir, distribuida de la manera antes anotada, en 59 papelillos como se dijo, forma esta de tenencia del alcaloide propia de los traficantes menores o microtraficantes para facilitar su venta en dosis a otros sujetos adictos o consumidores que se proveen del mismo mediante su adquisición de esa manera a quienes las expenden, cuyo es el caso de de este juicio. A mayor abundamiento, la circunstancia exoneratoria que la defensa aduce, de ser el acusado, en su opinión un adicto, o en el mejor de los casos, un consumidor de drogas, no excluye en la especie la figura ilícita que nos ocupa, pues la experiencia judicial nos enseña que tales calidades no son incompatibles con la de ser traficantes y es precisamente el microtráfico el medio por el cual se proveen de la droga que les permita satisfacer su necesidad de consumo del alcaloide.

Que asimismo, se desechará la alegación consistente en que habría en la especie una trasgresión a la norma del artículo 341 del Código Procesal Penal, que establece el principio de la congruencia, por cuanto, sostiene, en la acusación sólo se habla de porte de cocaína y no de venta de la misma como colige el Ministerio Público en sus alegatos, ello habida consideración a lo expuesto precedentemente, en que se ha dejado sentado que afecta al enjuiciado la presunción del artículo 5º de la ley N° 19.366, tantas veces citado, lo que torna irrelevante tal afirmación pues, además de no haber variado los hechos contenidos en la acusación, basta para condenar la sola circunstancia del porte de droga por el acusado, [hecho este no discutido en el juicio y expresamente reconocido por la defensa], en las condiciones que tal precepto en su inciso segundo consigna, presunción que como se dijo, no ha sido desvirtuada.

A mayor abundamiento, cabe tener presente que si bien el alcaloide comprometido en estos hechos alcanza una cantidad que aparece escasa, no lo es menos que la ley para sancionar el presen-

te ilícito no distingue en el monto del mismo, sino que atiende a la conducta desarrollada por el agente, y en el caso que nos ocupa esta no ha sido sino la de traficar, por las razones anotadas, tanto más, cuanto no destruyó como le correspondía, la presunción de tráfico que le afecta, pues no ha probado de manera idónea encontrarse en alguna de las dos situaciones de excepción que el precitado artículo 5º consagra, precepto legal este plenamente vigente pues no ha sido derogado por la ley N° 19.806 sobre normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, publicada en el Diario Oficial de 31 de mayo de 2002, como tampoco por otro cuerpo legal posterior.

**DUODÉCIMO:** Que la prueba rendida por la defensa, consignada en el motivo décimo no acreditó hechos distintos a los de la acusación, por lo que en nada altera la convicción condenatoria a que han arribado estos jueces, por las razones expuestas en el fundamento que antecede.

**DECIMOTERCERO:** Que con el mérito de la documentación incorporada al juicio por la fiscalía, reseñada en lo pertinente del motivo quinto, que da cuenta de diversas anotaciones penales pretéritas que registra el acusado por causas seguidas en diversos tribunales, con penas cumplidas, ha quedado establecido que el enjuiciado carece de una irreprochable conducta anterior.

**DECIMOCUARTO:** Que siendo la pena aplicable al delito de tráfico ilícito de estupefacientes de que el acusado responde, la de presidio mayor en su grado mínimo a medio, esto es una divisible que consta de dos grados, y por no concurrir en la especie circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, este tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 inciso 1º del Código del ramo, en su regulación, se encuentra facultado para recorrer libremente la penalidad asignada al mismo, y en tal virtud, atenta la naturaleza del ilícito y sus circunstancias de comisión, la regulará en el quantum que se dirá.

**DECIMOQUINTO:** Que atendida la sanción corporal que corresponderá imponer al sentenciado, no se le suspenderá la pena privativa de libertad a que se ha hecho acreedor y, por ende, no se le concederá el beneficio de ninguna de las medidas alternativas a penas privativas o restrictivas de la misma, establecidas en la ley N° 18.216.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 26, 28, 31, 50, 68 y 70

del Código Penal; 1º, 5º, 27, 28 y 39 de la ley Nº 19.366, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 343, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que se **condena** al acusado **Marcelo Efraín Pereira Pérez**, ya individualizado, a sufrir la pena de **cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo**, y al pago de una multa de **cuarenta** unidades tributarias mensuales, [UTM] por su participación en calidad de autor del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes establecido en el artículo 5º en relación con el artículo 1º inciso 1º de la ley Nº 19.366, cometido en esta ciudad el 01 de abril de 2004.

Se le condena, además, 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 del juicio.

II.- La multa impuesta deberá ingresarse en arcas fiscales dentro del término de cinco días contados desde la fecha en que quede ejecutoriada esta sentencia. Si el condenado no tuviere bienes para satisfacer la multa o teniéndolos se negare a hacerlo, sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión, regulándose ésta en un día por cada media UTM, sin que ella pueda exceder de 80 días.

Sin perjuicio de lo resuelto precedentemente, habida consideración de que el monto de la multa impuesta aparece alzado en relación con los recursos económicos aparentes del condenado y conforme, además, a la facultad que a tal efecto le confiere al tribunal el artículo 70 del Código Penal, se lo autoriza para pagarla en doce mensualidades, de ellas, once cuotas iguales de **3,33** UTM y la última de **3,37** UTM, bajo apercibimiento de que la falta de pago de una sola de dichas cuotas hará exigible de inmediato el total del saldo de la multa o su substi-

tución de la manera indicada en el párrafo anterior.

III.- El condenado deberá cumplir efectivamente la sanción corporal que se le impone y al efecto no se le concede ninguna de las medidas alternativas a penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la ley Nº 18.216, debiéndole servir de abono el tiempo que ha permanecido ininterrumpidamente en prisión preventiva en esta causa, desde el 23 de junio de 2004, debiendo, además, abonarse en su favor, cinco días que estuvo sometido a la señalada medida cautelar, entre el 02 y el 06 de abril y el día de detención a que fue sometido el 01 de abril, todos del año en curso, según consta del auto de apertura del juicio oral.

IV.- Decomísase la prueba material signada en los números 2 y 3 del numeral 4) del considerando cuarto del auto de apertura <<prueba material>> ofrecida por la fiscalía y oportunamente procédase a su destrucción, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 469 inciso 2º del Código Procesal Penal, por carecer de valor económico. Devuélvase los documentos acompañados por el Ministerio Público 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 Rodrigo Marcelo Olavarría Rodríguez.

Rit Nº 100 -2004.-

**PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DEL JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ARICA DON JORGE QUIÑONES GARAT, DON RODRIGO MARCELO OLAVARRÍA RODRÍGUEZ, Y DOÑA MARÍA VERÓNICA QUIROZ FUENZALIDA.**

- **Condena al acusado a la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de homicidio calificado en grado de frustrado. Condena, además, al pago de la suma de \$10.000.000 por concepto de daño moral.**

**Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta.**

**Resumen:**

*La Fiscalía y el querellante acusaron al imputado como autor del delito de homicidio calificado en grado de frustrado, invocando las calificantes primera y quinta del artículo 391 N° 1 del Código Penal. La Defensa sostuvo que al imputado le favorecía la atenuante de reparar con celo el mal causado, así como la de haber obrado privado de razón. El Tribunal tuvo por acreditadas, tanto la ocurrencia del hecho, como la participación del acusado. En cuanto a las calificantes del artículo 391 N°1, estimó que sólo concurría la de la alevosía. Para ello consideró que se había probado que el autor actuó a traición y sobre seguro, habiendo logrado una indefensión de la víctima mediante engaño. En cambio, estimó que no se había logrado probar una adopción fría y calculada de la decisión homicida, faltando los requisitos de la premeditación. Finalmente, respecto de las atenuantes invocadas por la Defensa, rechazó la de reparar con celo el mal causado, porque su petición se fundamentó en dos depósitos exiguos y tardíos. En cuanto a la atenuante del artículo 11 N° 1 en relación al artículo 10 N° 1, ambos del Código Penal, dio por acreditado que el actuar del acusado fue en un estado crepuscular psicogénico orientado, provocado por afectos intensos de origen. Al efecto consideró especialmente la declaración de dos peritos que examinaron al acusado, así como la declaración de éste.*

**Texto completo:**

Antofagasta, tres de noviembre del año dos mil cuatro.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que con fecha veintiocho y veintinueve de octubre del presente año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por los jueces señora Claudia Lewin Arroyo, José Delgado Ahumada y Dinko Franulic Cetinic, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rol único 0300019922-1, rol interno del tribunal N° 126-2.004 en contra de **ERASMO ADOLFO ARISPE GODOY**, chileno, profesor, cédula nacional de identidad N° 04.871.897-3, con domicilio en calle Condell N° 3166, sin antecedentes anteriores. Sostuvo la acusación el Ministerio Público representado por los Fiscales Adjuntos señorita Ana Escobar González y señor Patricio Martínez Felip, domiciliados en calle Condell N° 2.235 de esta ciudad. Intervino como parte querellante y demandante civil los abogados señor Carlos Tello Luza y señorita Paola Acevedo Vera, en representación de doña Jessica Noemí Villegas Aramayo, cédula de identidad N° 09.174.193-8, chilena, casada, dueña de

casa, todos domiciliados en Avenida Grecia N° 2032, tercer piso, Antofagasta.

La defensa del imputado estuvo a cargo del Defensor Penal Público señor Enrique Letelier Loyola, con domicilio en calle Balmaceda N° 2.536 cuarto piso.

**SEGUNDO:** Que el Ministerio Público al deducir acusación la fundó en que el día 07 de febrero de 2003, siendo aproximadamente las 13:30 horas, en circunstancias que el imputado se encontraba con la víctima y su hija en el sector Coloso de esta ciudad, luego de una discusión verbal, condujo en su vehículo a la víctima a un lugar aislado y menos concurrido de dicho sector, procedió a sacar del maletero un cuchillo y, en presencia de su hija de 4 años, hirió con el cuchillo a la víctima Jessica Villegas Aramayo en reiteradas oportunidades, causándole cuatro heridas en el dorso lumbar, 10 heridas torácicas anteriores, una herida clavicular izquierda y diversas heridas en sus manos, lesionándole sus tendones, siendo las heridas torácicas necesariamente mortales.

A juicio del Ministerio Público los hechos son constitutivos de homicidio calificado, en grado de frustrado, correspondiéndole al acusado participación en calidad de autor de conformidad a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del Código Penal en relación con el artículo 391 N° 1, circunstancias 1) y 5) del Código Penal.

Reconoció al imputado la atenuante de responsabilidad contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal.

Solicitó se le impusiera la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales establecidas en el artículo 28 del Código Penal y el pago de las costas de la causa.

A su turno, la parte querellante y demandante civil, dedujo acusación particular por los mismos hechos atribuyendo al acusado que alrededor de las 11:15 de la mañana del 7 de febrero del 2003, se reunió con la víctima y su hija; se subieron al auto de él, comenzaron a conversar de problemas domésticos y se dirigieron al sector de Coloso, donde permanecieron por un rato.

Como a las 12:40 horas del mismo día, subieron de nuevo al auto, avanzando un poco más al norte por el borde del camino, a un lugar más solitario; el acusado, estacionó el auto hacia el cerro, arguyendo que el vehículo tenía problemas, lo cual a la víctima le pareció extraño, pues el auto estaba bien. Acto seguido, se bajó del móvil, abrió el capot delantero y luego lo cerró y se dirigió al portamaletas; en eso, la menor que les acompañaba, hija de ambos, manifestó que quería ir con él y también se bajó del auto.

Cerca de ellos había una camioneta y el acusado solicitó a la víctima que esperaran que se fuera, pues le tenía una sorpresa. Ocurrido esto, el acusado dijo a la víctima: "esta es la sorpresa" y comenzó a apuñalarla; ella quiso sacar a su hija del lugar para correr y pedir ayuda a las personas que estaban cerca pero no pudo, porque él la agarró y la tiró al suelo.

La víctima sintió nuevamente puñaladas por la espalda, trató de pararse, pero él la tomó de los hombros y la volvió a tirar al suelo poniéndole la rodilla en el pecho; aún tenía la cuchilla en la mano y se disponía a clavarla nuevamente tratando la víctima de evitarlo con sus propias manos; en eso, unas personas llegaron al lugar, tomaron al acusado y lo sacaron de encima pero, a pesar de ello, este al-

canzó a enterrarle el cuchillo en el pulmón derecho, ante lo cual quienes lo sostenían, lo tiraron al suelo; uno de los pescadores se sacó la polera y se la dio a la víctima para que presionara sus heridas.

En fin, las personas que ayudaron a su representada llamaron a una ambulancia y Carabineros, quienes llegaron pronto al lugar.

La calificación jurídica y la participación del imputado son coincidentes con las que estima el Ministerio Público, así como la concurrencia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

Solicitó se condenara al acusado a la pena de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo.

Además, dedujo demanda civil en contra del imputado solicitando que fuera condenado a pagar la suma total de \$20.000.000, más intereses y costas del juicio, o la suma que el Tribunal se sirva fijar prudencialmente de acuerdo a las consideraciones de hecho y de derecho que expuso.

**TERCERO:** Que la defensa, en sus alegatos de apertura y clausura, señaló no discutir la existencia del hecho ni la participación de su cliente, pero indicó que le favorece la atenuante del artículo 11 N° 1 en relación con la exigente del artículo 10 N° 1, ambos del Código Penal, pues el acusado obró en un estado crepuscular que le produjo un estrechamiento de la conciencia afectando así su juicio de realidad.

Indicó, además, que le favorecen las atenuantes de reparación celosa del mal causado y la de irreprochable conducta anterior, esta última aceptada por los acusadores.

**CUARTO:** Que, sin perjuicio del reconocimiento de la defensa, debemos indicar que en el juicio fue sobradamente probado que el acusado Erasmo Arispe Godoy, el día 7 de febrero del año 2003 agredió con un cuchillo a doña Jessica Villegas Aramayo causándole una serie de lesiones, entre otras: heridas torácicas que le provocaron dos hemotórax que, de no mediar atención médica eficaz y oportuna, le habrían provocado la muerte.

En efecto, al prestar declaración en el juicio la ofendida Jessica Villegas Aramayo señaló que el día 7 de febrero del año 2003 salió con su hija –de cuatro años de edad– y el padre de esta, a quien identificó en el juicio como el acusado Erasmo Arispe Godoy. Indicó que le comentó a Erasmo Arispe que el fin de semana había ido a Coloso con su hermana y este le propuso ir hasta allá.

Llegaron hasta el sector de las cocinerías, se sentaron, conversaron y el acusado le hizo cariño. Le dijo que quería volver pero él le propuso ir a la Playa El Lenguado, mas ella no quiso pues era muy tarde, pidiéndole que regresaran. Cuando volvían el acusado se detuvo en una explanada al lado del camino y le dijo que el automóvil se había echado a perder. Movi6 algunas cosas en un costado, luego se baj6, levant6 el capot pero no arregl6 nada. De allí fue al maletero donde hizo sonar algunas cosas. Su hija, que iba en el asiento delantero, también se baj6, fue a la parte de atrás y luego le dijo que el papá le tenía una sorpresa. Este se acerc6, le pidi6 que le diera un beso y luego supone que esper6 a que se fuera una camioneta que estaba en el lugar.

Cuando dicho vehículo parti6 el acusado se acerc6, le dijo: "esta es la sorpresa" y la empez6 a atacar con el cuchillo, hiriéndola como en diez oportunidades en el pecho. Ella se logr6 bajar empujando la puerta; trat6 de sacar a su hija por la ventana para arrancar mas el imputado la tom6 de la cintura, le dijo "no corras Jessiquita" y no grites y la sigui6 agrediendo con el arma en reiteradas oportunidades, sintiendo cortes en el brazo y las manos. Indic6 que le tom6 un brazo, se lo dobl6 y luego le cort6 la palma, diciéndole: "querís trabajar".

Cay6 de rodillas, él la lanz6 al suelo y la sigui6 agrediendo. En un momento le puso las rodillas en el pecho y la iba a volver a atacar pero aparecieron unas personas, cree que unos pescadores que había visto en la playa, lo tomaron y lo sacaron de ahí, pero cuando ella se par6 la volvi6 a atacar enterrándole el cuchillo en la espalda.

Agreg6 que sintió que se iba a morir y que una persona le pas6 una polera para que se apretara el pecho. También, en el lugar, una persona le sac6 el cuchillo que tenía enterrado en la espalda y luego de ello la llevaron en el automóvil del imputado hasta el retén de Playa Blanca.

Estima que el acusado no vio a los pescadores que estaban en la playa y que mientras la atacaba la miraba con rabia e ira.

Indic6 que el día de los hechos vestía una blusa roja, jeans y chalas. En la audiencia reconoci6 las dos primeras prendas de vestir. La blusa se aprecia rasgada en una serie de partes quedando orificios de, a lo más, dos centímetros.

También reconoci6 una serie de fotografías tomadas por la perito de la Policía de Investigaciones

Angélica Olea quien, a su turno, también las reconoci6 en el juicio, y otra serie de fotografías que, según dijo la ofendida, le tom6 su hijo mientras estuvo internada en el Hospital Regional de Antofagasta, en las que se puede ver que presenta una serie de heridas cicatrizadas en la parte frontal y dorsal del cuerpo.

Por último, cabe expresar que la testigo indic6 que al acusado le gustaba mariscar y que en el automóvil manejaba un bolso con implementos para ello, entre otras cosas, un cuchillo.

De este modo, como se ve, la ofendida, de modo categ6rico y preciso, narr6 la forma en que fue agredida por el imputado, lo que no fue contradicho en modo alguno por la defensa o bien por algùn antecedente probatorio en contrario, todo lo cual, permite determinar, sin duda alguna, que ese fue el modo en que acaeci6 el suceso y, así, establecer sus dichos como hechos de la causa.

**QUINTO:** Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que las expresiones de la ofendida Jessica Villegas Aramayo se vieron corroboradas por lo demás prueba que rindieron los acusadores.

En efecto, cabe considerar, en primer término, el testimonio de don Jaime Zamora Arenas, quien señal6 que el día de los hechos, cuando terminaba el verano, aproximadamente al mediodía, iba en un camión en dirección sur y presenci6 lo que le pareci6 una pelea. Par6, vio a una persona y a otros jóvenes que le quitaban un cuchillo al primero, los que le dijeron que este había apuñalado a una mujer.

Mir6 a la mujer y esta tenía un cuchillo hasta el mango clavado en la espalda. Se lo sac6 y luego se la llevaron en el automóvil que estaba en el lugar, que era de ella o el sujeto que la había agredido y que encendi6 de inmediato cuando lo hicieron partir.

A su turno, al sujeto lo amarraron y luego lo entregaron a funcionarios policiales que concurrieron al lugar.

Indic6 que en el lugar no había más personas, sólo la ofendida, su agresor, una niña y los cuatro mariscadores que los separaron y que estaban en una especie de muelle existente en el lugar, y que el vehículo estaba estacionado a unos quince o veinte metros del camino.

Indic6 que sac6 fácilmente el cuchillo de la espalda de la ofendida pues estaba modificado como una daga. En el juicio reconoci6 el cuchillo incorporado por la fiscalía como el arma que sac6 del cuerpo de la ofendida, pudiendo apreciarse que se trata

de un cuchillo de mesa, modificado en su parte superior la que también aparece afilada.

También cabe consignar las expresiones de la psicóloga María González Zuleta, quien indicó que se desempeña en el Hospital Regional de Antofagasta y el día 10 de febrero del año 2003 le llegó en inter consulta la menor Ximena Arispe Villegas, de tres años y seis meses de edad, quien tenía antecedentes de internación por gastritis, deshidratación y violencia intrafamiliar.

Indicó que la menor presentaba un estrés agudo, estaba distante, en estado de hiper alerta, con miedo, lo que hizo difícil abordarla, para luego derivar a un estado de estrés postraumático.

Al conversar con ella refirió que el papá le hizo un regalo a la mamá; ese regalo era un cuchillo, y ella lo acompañó a buscarlo. De acuerdo con lo que le contó la enfermera que la atendía la menor había presenciado la agresión del padre a la madre.

Señaló que la niña pensaba que su madre no estaba viva pues había sido agredida y relacionaba el regalo con su muerte, pudiendo también determinar que la menor vio a su madre sangrar pues al pedirle que dibujara a la familia los manchaba con color rojo.

Indicó que la sintomatología física y emocional de la menor era compatible con el relato lo que constituyen claros indicadores de veracidad.

En esta parte, por último, cabe consignar las expresiones que el funcionario policial Luis Miranda Sepúlveda vertió a la fiscal de la causa y que fueron incorporadas al juicio de conformidad a lo dispuesto en el artículo 331 letra b) del Código Procesal Penal, a quien le señaló que el día de los hechos concurrió al lugar pudiendo apreciar a varias personas que habían reducido a una persona a la que mantenían amarrada. En el lugar levantaron un cuchillo que el único testigo que permaneció en el sitio del suceso una vez que llegaron, indicó que había sacado de la espalda de la víctima.

De este modo, las expresiones de la ofendida se vieron ratificadas, en primer término, con los dichos del testigo Zamora Arenas quien llegó al lugar de los hechos en los momentos inmediatamente posteriores a la agresión, corroborando, además de las circunstancias de tiempo y lugar, que la misma se efectuó con un arma blanca que, por lo demás, él extrajo del cuerpo de la víctima, como también que fue socorrida por mariscadores que estaban en las

cercanías del lugar y luego trasladada en el único automóvil que estaba en el sitio.

Los dichos de la psicóloga María González, en cuanto atendió a la hija de la víctima y el victimario, confirman la versión de la primera, pues dan cuenta que la menor le relató haber presenciado la agresión con arma blanca, sin perjuicio de presentar los efectos psicológicos propios del estrés que ello le significó, lo que reafirma la veracidad de su relato, resultando especialmente importante el detalle de que su padre le había efectuado "un regalo" a su madre, que ella acompañó a buscar, pues se condice plenamente con la versión de la ofendida. La versión de Jéssica Villegas aparece también refrendada con los dichos del policía Luis Miranda, también en los que refiere a las circunstancias de lugar y medio de comisión, como quiera que levantó el cuchillo empleado en el hecho, sin perjuicio de corroborar la presencia de personas que ayudaron a la ofendida, deteniendo a su agresor.

Por último, concurre como elementos de ratificación de los dichos de la víctima y de convicción del tribunal la ropa que esta vestía el día de los hechos, particularmente la blusa que muestra señas evidentes de manchas pardo rojizas que impresionan de sangre y varias rasgaduras de, a lo sumo, dos centímetros de ancho, típicamente aquellas que se producen por la utilización de un arma cortante, plenamente compatibles con la incorporada en el juicio.

**SEXTO:** Que también cabe considerar la declaración del acusado como elemento de confirmación de lo señalado por la ofendida pues, al declarar en el juicio, indicó que el día 7 de febrero del año 2003 pasó a buscar a Jessica Villegas, con quien mantenía una relación sentimental por catorce años, con la finalidad de pasear a la hija que tenía con esta, Ximena.

Indicó que pensaban ir a la Avenida Brasil pero durante el trayecto no dobló donde correspondía y llegaron al Balneario Municipal, pero Jessica no quiso bajarse pues en el lugar estaba su hijo y le dijo que a este le iba a dar vergüenza verlos y, además, su hija se iba a querer bañar. De allí pensó en ir al Parque Croata pero hacía mucho calor por lo que finalmente se dirigieron hasta Coloso. Luego de estar allí volvieron a la ciudad, pero al pasar por Playa Amarilla, como sufre de incontinencia, detuvo su vehículo para orinar. De allí no se explica qué pasó y sólo recuerda que mucha gente lo golpeaba, no sabe porqué. Lo llevaron hasta el Hospital

donde no sabía que había pasado ni qué daño causó, pero un carabinero le habló de que su pareja tenía lesiones en los tendones de la mano.

Como ayuda memoria se leyó la declaración que el imputado prestó a la fiscal de la causa, en el hospital, el día de los hechos, en la que señaló que estaba discutiendo con la ofendida, se bajó del automóvil; luego sacó un cuchillo que estaba en el vehículo, se lo mostró para atemorizarla, ella se bajó, le lanzó unos cortes y se lo enterró una vez. De allí llegaron otras personas.

Interrogado sobre qué provocó su reacción expresó no recordar, por lo que nuevamente se leyó su declaración ante la fiscal de la causa en la que indicó que la ofendida lo provocó, le dijo cosas y quería volver a su casa.

Agregó que le gusta mariscar y que tenía sus implementos de pesca en el portamaletas del vehículo, entre los que se encontraba el cuchillo.

**SÉPTIMO:** Que, por último, la versión de la ofendida resultó corroborada con los dichos de la perito médico Ximena Albornoz Castillo, quien indicó que el día 31 de marzo del año 2003 la examinó y esta le narró haber sido agredida por el padre de su hija el día 7 de febrero de ese año.

De acuerdo a los antecedentes que tuvo a la vista constató que estuvo hospitalizada hasta el día 21 de febrero del año 2003 y conforme al informe del médico tratante doctor Pedro Marín, presentó las siguientes lesiones: cuatro heridas dorso lumbares de 1 por 0.5 centímetros; diez heridas torácicas anteriores, de las cuales tres parecían ser penetrantes por ser más profundas; una herida de 6 centímetros en la base del dedo índice de la mano derecha con lesión de un tendón flexor; dos heridas en el pulgar derecho de 1,5 centímetros; en la mano izquierda indicaba dos heridas de 2 centímetros en la base del pulgar izquierdo; cuatro heridas de 3 centímetros en la mano izquierda ubicada en el dedo medio e índice del lado izquierdo; una herida clavicular izquierda de dos centímetros superficial. También observó una radiografía de tórax de la paciente que se le tomó durante su hospitalización que reveló la existencia de un hemotórax en su lado derecho, el que correspondía a la presencia de sangre en la cavidad pleural derecha, el cual fue sometido a una pleurotomía, consistente en la colocación de un tubo dando salida a 800 centímetros cúbicos de sangre, siendo sometida a un segundo procedimiento, correspondiente a una

videotoracoscopia izquierda porque había un hemotórax en el lado izquierdo, en la que se realiza una incisión en pabellón introduciendo un tubo endoscopio a fin de evaluar el origen de la sangre, procedimiento que dio salida a 900 centímetros cúbicos de sangre.

Dijo que no podía doblar el dedo índice de la mano derecha habiéndosele practicado una ecotomografía que demostró la sección completa de los tendones flectores de la mano derecha, lo que requería cirugía especializada para repararlos.

Señaló que al examen la señora Villegas presentaba un cabestrillo en el brazo derecho y una valva de yeso en la mano de ese lado por lo que no pudo verla.

En su mano izquierda tenía las siguientes lesiones con características de cicatrices: en el dorso una cicatriz oblicua de 4 centímetros; por la cara palmar de la mano izquierda una cicatriz oblicua de 6.5 centímetros; a nivel del pulgar izquierdo, en la base, una cicatriz de 3 centímetros; a nivel del dedo índice, a la altura de su tercio superior, una cicatriz de 2 centímetros, y en el dedo medio una cicatriz de 2 centímetros en su parte media.

En la mano derecha según informe del médico tratante existían tres, que al estar con la valva de yeso no pudo apreciar.

En la región torácica tenía una cicatriz de 2 centímetros en el hemitórax izquierdo en la cara dorsal en el tercio superior; otra de 2 centímetros en la región inframamar izquierda; otra de 2 centímetros en la línea axilar media del tercio medio del hemitórax izquierdo; cuatro cicatrices puntiformes a nivel de la mama izquierda; en el lado derecho, en el hemitórax derecho, en el tercio superior cara anterior, una cicatriz de 3 centímetros en el dorso de la zona del brazo derecho; una cicatriz de 1,5 centímetros en la región clavicular izquierda.

Durante de su hospitalización la mayoría de las heridas debieron ser suturadas y los hemotórax drenados.

Las conclusiones médico legales son que Jessica Villegas Aramayo presentó según el conteo practicado por la perito, nueve heridas torácicas, incluyendo izquierdo y derecho, una herida en el dorso del brazo derecho, cinco heridas en la mano izquierda y tres heridas en la mano derecha, una profunda que lesionó el tendón flexor, resultando además con hemotórax derecho que dio 800 centímetros cúbicos de sangre y un hemotórax izquier-

do arrojando 950 centímetros cúbicos de sangre coagulada.

El pronóstico médico legal de las lesiones es que éstas eran de carácter grave, determinado por las lesión de los tendones flexores del dedo índice derecho y por la existencia de un hemotórax que tuvo la característica de ser bilateral, comprometiendo ambos pulmones, la gravedad se determinó debido a que las lesiones demoran mas de 30 días en sanar y eran compatibles con el antecedente de ser heridas producto de un elemento corto punzante; las heridas requirieron tratamiento médico consistente en suturas para todas las lesiones descritas y de pleurotomía y videotoracoscopia izquierda.

Precisó que los hemotórax se produjeron por heridas causadas con un elemento corto-punzante y que para producirlo se requiere que atraviese la piel, la estructura muscular, el espacio intercostal y la pleura, lo que supone el empleo de fuerza, difícil de medir, pero suficiente para traspasar varias resistencias.

Indicó que encontró nueve heridas torácicas anteriores y posteriores resultando imposible de determinar cuáles produjeron los hemotórax pero, al menos, deben haber sido dos de ellas, sin perjuicio que al médico tratante le impresionaron tres como profundas.

Explicó que las heridas torácicas posteriores fueron causadas en la espalda de la ofendida.

**OCTAVO:** Que, de este modo, la versión de la ofendida, por sí misma objetiva y subjetivamente creible, se vio corroborada, en primer término, con los dichos de un testigo presencial, su hija y de uno de los funcionarios policiales que concurrieron al lugar, en la medida que la confirmaron en diversos aspectos, tanto esenciales como accidentales. Además, también coadyuvó en el punto el atestado de la médico legista que la examinó y tuvo a la vista los distintos antecedentes clínicos, en la medida que dio cuenta de un número de heridas, compatibles con la forma de la agresión que relató, causadas, precisamente con el elemento corto-punzante que ella indicó y que, a su turno, se condice plenamente con el levantado en el sitio del suceso y al que se refiere un testigo presencial, como también con los rastros observados por el tribunal en la ropa que vestía el día de los hechos.

Además, los dichos de la legista, por sí mismos, permiten establecer el tipo de lesiones y la circuns-

tancia que demoraron más de treinta días en sanar, como asimismo, que pudieron provocar la muerte de la víctima de no mediar tratamiento médico oportuno y eficaz.

Por último, debe también los dichos del imputado Erasmo Arispe Godoy concurren como elemento de verificación de los dichos de la ofendida pues, como se vio, en el juicio reconoció haber concurrido al sector de Coloso y que en el lugar alguna acción ejecutó que concluyó con una personas deteniéndolo, luego de lo cual fue trasladado hasta el Hospital donde, a su turno, reconoció a la fiscal de la causa haber agredido con el arma blanca a Jéssica Villegas.

Corolario de lo razonado, es que, como se adelantó, la versión de la ofendida debe estimarse veraz y ajustada a lo acontecido el día de los hechos y, junto con las precisiones técnicas de la médico legista, permiten establecer, como hechos de la causa, que en el sector de Playa Amarilla de esta ciudad, alrededor del mediodía del 07 de febrero de 2003, en circunstancias que el acusado Erasmo Arispe Godoy paseaba en su vehículo con Jessica Villegas Aramayo y la hija de ambos de tres años y medio de edad, detuvo el móvil en una explanada del lugar; esperó que se retirara un vehículo que allí se encontraba, se bajó y desde el portamaletas sacó un cuchillo de mesa, que mantenía en un bolso junto a otros instrumentos que usaba para mariscar, les expresó a ella y su hija que tenía una sorpresa para la primera, luego de lo cual, encontrándose la víctima sentada en el asiento trasero del auto, sin posibilidad de prever el designio del imputado, este la atacó, de improviso, con dicha arma blanca en el pecho. La señora Villegas logró salir del vehículo, mas el imputado la tomó y continuó lanzándole cortes, para luego botarla al suelo, ponerle una rodilla sobre el pecho y tratar de continuar su agresión, momento en el cual es sujetado por pescadores que se encontraban en el lugar quienes lograron separarlo de ella no sin antes alcanzara a enterrarle el cuchillo en la espalda. Las heridas sufridas por Jessica Villegas Aramayo a causa de la agresión del imputado consistieron –entre otras- en 9 heridas torácicas, a lo menos 2 de las cuales penetraron en la pleura pulmonar provocando hemotórax derecho e izquierdo, las que de no haber mediado una atención médica oportuna habrían ocasionado su muerte.

A su turno, de la forma en que Erasmo Arispe Godoy agredió a la víctima, el sitio del cuerpo al

que dirigió su agresión, el medio empleado, el número de heridas que le infirió y la naturaleza de las lesiones principales, se puede presumir directa, necesaria y gravemente, en términos tales de establecerlo como un hecho de la causa, que actuó con la intención precisa de causar la muerte de Jessica Villegas Aramayo, es decir, con dolo directo.

Del mismo modo, habida consideración de la relación sentimental que unía a la víctima con su victimario, el hecho que ese día se encontraran paseando por el sector costero de la ciudad en compañía de su hija común, que el imputado simulara un desperfecto en su automóvil para ir a buscar a la parte posterior un cuchillo con el que la agredió de improviso, estando esta sentada en el asiento trasero, luego de que manifestara que le iba a entregar un regalo, permiten establecer que el acusado actuó pérfidamente, ocultando en todo momento sus intenciones y aprovechando la total incapacidad de la víctima para poder evitar el acometimiento que fue objeto.

**NOVENO:** Que los hechos así establecidos configuran al delito de homicidio calificado previsto en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, con relación a la circunstancia Primera de esta disposición, esto es la alevosía, pues se ejecutó un acto dirigido voluntariamente a realizar la muerte de una persona, obrando el ejecutor a traición y sobre seguro, no lográndose dicho propósito por causas independientes de la voluntad del agente, no encontrándose justificado el actuar por el ordenamiento jurídico.

Para estimar concurrente la circunstancia de la alevosía se tuvo presente que quedó suficientemente acreditado que el agente obró a traición pues ocultando su propósito delictivo y simulando la entrega de un regalo o sorpresa, se acercó a la víctima para atacarla de modo imprevisto, al tiempo que aprovechó que esta se encontraba en un lugar y posición que buscó de propósito, que impedía toda posible reacción para iniciar su ataque.

Así, si se considera que: “El actuar a traición involucra tanto la simulación, esto es, engañar al sujeto pasivo, al aparentar una situación diversa a la real, ocultando el propósito delictivo, cuanto la disimulación, esto es, utilizar maña, cautela o argucia para ocultar o disfrazar la real voluntad delictiva”, al tiempo que obrar sobre seguro: “es el aprovechamiento de circunstancias materiales favorables buscadas de propósito por el hecho con el fin de asegurar el éxito de la acción delictiva y neutralizar

los posibles riesgos que pudieran emanar de una probable defensa de la víctima”, no puede sino convenirse que el actuar del acusado fue alevoso en las dos modalidades que el mismo contempla ya que tanto ocultó y engañó a la ofendida respecto de su designio verdadero, como buscó que se encontrara en una posición tal que no estuvo en posición de resistir la agresión de que fue objeto. (Ambas citas en Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, página 190, de Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga).

No puede ser aceptado el planteamiento de la defensa en orden a que no concurriría la alevosía sobre la base de que el hecho se perpetró en un lugar de playa que, en el verano, no es aislado ya que pasa locomoción colectiva y está cerca del camino y de personas que podían intervenir, lo que, a su juicio, nunca pudo crear una situación alevosa. La argumentación puede tener asidero si se piensa en la premeditación mas, tratándose de la alevosía, resulta irrelevante pues cabe analizar el momento de ejecución del hecho y, ciertamente, el imputado creó una situación de engaño a la víctima y, en especiales condiciones de indefensión, la agredió imprevistamente. Sin perjuicio de lo anterior, resultó establecido en el juicio, por los dichos de la ofendida y el testigo Jaime Zamora Arenas, que al momento de comisión del delito en el lugar no había vehículos ni personas, salvo aquellos que ayudaron a la ofendida mas estaban en un lugar que no necesariamente permitía su visualización.

Sin perjuicio de que la concurrencia de la alevosía bastaba para tipificar los hechos como homicidio calificado, no está demás indicar que los acusadores, por el contrario, no lograron acreditar la otra circunstancia calificante que invocaron, esto es, la de obrar con premeditación conocida, pues la misma supone la conjunción del criterio cronológico, esto es, la mantención temporal de la resolución delictiva y del psicológico, que supone la adopción fría y calculada de la decisión homicida, lo que en caso alguno logró acreditarse, no bastando para ello que el imputado simulara una falla en su vehículo antes de consumar su designio pues ello fue realizado sólo momentos antes.

**DÉCIMO:** Que si bien, como se dijo en los motivos que anteceden, la prueba rendida permitió establecer la participación del acusado Erasmo Arispe Godoy en el delito acreditado, no está demás indicar que la misma pudo determinarse espe-

cialmente con el testimonio irrefragable e incuestionado de la ofendida Jessica Villegas Aramayo, conteste en el punto de la intervención del imputado en el delito y con las expresiones de la psicóloga María González Zuleta, en cuanto escuchó a Ximena Arispe Villegas, hija del imputado y la ofendida, narrar que el primero había agredido con un cuchillo a la segunda.

De este modo, como ya se dijo, sin perjuicio de no haberlo discutido en momento alguno la defensa, la prueba de cargo resultó suficiente para acreditar que el acusado intervino en el delito acreditado de una manera inmediata directa y, por lo mismo, debe responder, conforme al artículo 15 N° 1 del Código Penal como autor del mismo.

No está demás indicar que el imputado, en el juicio, implícitamente reconoció haber agredido a la ofendida, sin perjuicio de indicar que desconoce como se produjo su agresión ni qué la desencadenó, al tiempo que, el día de los hechos, a la fiscal de la causa, reconoció explícitamente haber agredido a la ofendida con un cuchillo.

**UNDÉCIMO:** Que, como se adelantó en la deliberación, favorece al imputado como atenuante del 11 N° 1 del Código Penal, la eximente de obrar privado totalmente de la razón por causas independientes de su voluntad.

Para ello se ha considerado que dos psiquiatras que lo examinaron, los señores Carlos Torrico Tejada y Juan Méndez Vergara indicaron que actuó en un estado crepuscular que se caracteriza porque el sujeto que lo sufre olvida el contexto global, produciéndose un estrechamiento tubular de la conciencia que normalmente abarca un amplio aspecto de la realidad, pero que en este estado se estrecha y se sujeta a un afecto determinado que se exalta apareciendo conductas inesperadas, violentas, alterándose los aspectos reflexivos de la conciencia. Graficaron la situación indicando que el sujeto que lo padece ve por una ventana.

El segundo indicó que estos estados tienen diversos grados de intensidad y múltiples causas. En el caso del imputado, indicó que se trata de un estado psicogénico orientado, es decir, fue movido por afectos intensos.

Precisó que el estado crepuscular altera la función reflexiva de la conciencia que permite conectar lo propio y lo externo, produciéndose un estado disociativo en el que la persona, cuando sale de él, no puede explicar su actuar y frecuentemente pre-

sentan amnesia total o parcial, tratándose de un proceso evolutivo y no preparado.

Indicaron que este estado pueden padecerlo ciertas personas de acuerdo con su tipo de personalidad e historia y, en el caso del imputado, en la medida que sufrió un estado depresivo en los tres meses anteriores. El primero de los profesionales indicó, además, que el estado crepuscular se aviene con la personalidad impulsiva, histriónica y límite del imputado que fue determinada por una psicóloga.

Ambos psiquiatras indicaron que el imputado presentó un cuadro de estrés depresivo reactivo severo previo a los hechos, presentando una disminución importante de peso, baja de ánimo y sentimiento de culpa, motivada en un desorden afectivo porque la pareja quería terminar la relación, produciéndose un quiebre paulatino. A este respecto el médico Carlos Torrico indicó que conoció al imputado el día 12 de febrero del año 2003 y que tuvo que tratarle el cuadro depresivo, recetándole fluoxetina, clorazepan y otro medicamento relajante. A su turno, la defensa acompañó once copias de recetas médicas suscritas por el señor Torrico, todas fechadas con posterioridad a la comisión del delito, en la que se indica el consumo de diversos medicamentos, entre otros, los mencionados.

Basándose su diagnóstico fundamentalmente en la evaluación clínica, el doctor Méndez indicó que es posible que un paciente engañe al médico pero que en este caso le pareció, por el cuadro clínico, que la información proporcionada era fidedigna, añadiendo que respecto del estado depresivo previo conjugaban todos los factores.

De este modo, como se ve, dos psiquiatras, de modo conteste, concluyeron que el acusado cometió el delito dentro de un episodio denominado estado crepuscular y, precisando de acuerdo al doctor Méndez, uno denominado psicogénico orientado, provocado por afectos intensos que alteran la capacidad reflexiva de la conciencia pudiendo esperarse comportamientos violentos, viéndose así afectado el juicio de realidad.

Por lo mismo, sólo cabe concluir que el imputado obró en medio de un trastorno psicopatológico que le causó un detrimento importante a su capacidad de comprensión y autodeterminación y, por ende es acreedor de un menor juicio de reproche desde que, en otros términos, obró parcialmente privado de la razón y, por ende, le beneficia la atenuante del artículo 11 N° 1 con la

relación a la exigente prevista en el artículo 10 N° 1, ambos del Código Penal.

De este modo el tribunal desechó las alegaciones de los acusadores para sustentar el rechazo de esta atenuante.

Así, primero, basaron su posición en los dichos de la psicóloga Yasna González Maluenda, quien practicó un peritaje psicológico al imputado pedido por el psiquiatra Carlos Torrico para, a su turno, elaborar su propio peritaje.

Señaló la profesional que examinó al imputado quien presenta un nivel intelectual promedio, pensamiento práctico concreto, juicio de realidad no alterado; una actitud funcionalista, es decir, predomina su punto de vista; presenta conductas explosivas, baja capacidad empática, dependencia afectiva, tendencia a lo mágico, baja capacidad de adaptación y de tolerancia a la frustración reaccionando de modo agresivo y violento.

Indicó que el imputado le narró que mantenía una relación extramarital y que su pareja quería terminarla, mas él no estuvo de acuerdo, lo que se unía a celos e inseguridades. No le indicó razones puntuales de ello pero le pareció que el suponía que podía existir una tercera persona.

Dijo que el imputado le refirió la agresión, no recordando sus palabras pero sí que indicó que estaba desesperado y la atacó con un cuchillo.

Precisó que la circunstancia que imputado presentara un pensamiento mágico no es una situación común y dice relación con rasgos histéricos.

Por último, cabe consignar que la perito psicóloga señaló que es el psiquiatra quien puede determinar si la persona ha tenido un episodio de estado crepuscular.

Como se ve, la propia perito de la fiscalía indicó que la determinación de la existencia de un estado crepuscular es una cuestión que deben determinar propiamente los psiquiatras, sin perjuicio de que, como también resultó evidente, su peritaje estuvo destinado a determinar la personalidad del acusado y no si actuó en el estado mencionado el día de los hechos y, más aún, particularmente el psiquiatra que le encomendó la práctica de su estudio se basó, precisamente, en sus conclusiones para apoyar su diagnóstico que había obrado en un estado crepuscular.

**DUODÉCIMO:** Que también puso en duda la fiscalía que el imputado hubiera padecido, previo a los hechos, un estrés por una depresión severa

como lo indicaron los médicos, como asimismo, que sea cierto que la relación que mantenía con la ofendida estaba en trance de terminar lo que habría gatillado, en definitiva, su acción.

Para ello se basó, sustancialmente, en lo que víctima y victimario expresaron sobre la relación que los unía.

Así, doña Jessica Villegas indicó que mantuvo una relación sentimental por catorce años con el imputado y producto de la misma tenía una hija de cuatro años que ese día los acompañaba. Dijo que vivía en un condominio frente al acusado, pero se veían fuera de sus casas.

Expresó que en el mes de noviembre el imputado quiso terminar la relación pues estaba cansado de estar “aquí y allá” aduciendo a la relación que tenía con ella y con su mujer y familia, pero ella no quiso terminar pues lo amaba. Posteriormente se mostró igual que siempre pero adelgazó, agregando que quería cambiar su calidad de profesor para trabajar en la Unidad Técnico Pedagógica pero no lo eligieron por lo que estaba decepcionado con el colegio luego de muchos años de servicio.

Señaló que el imputado se molestaba con lo más mínimo e, incluso, porque ella empleaba mal las palabras, por lo que, para mantener la relación, ella le pedía disculpas pero durante la relación nunca ejerció violencia en su contra. Señaló sí que no le permitía salir ni tener amistades pues a todos les encontraba algo malo, viviendo pendiente de lo que pasaba en su casa.

Indicó que vivía con la pensión alimenticia que le pagaba su ex marido y con trabajos de costura que realizaba en su casa, más la suma de \$ 50.000 que el imputado, una vez que tuvo su hija, le empezó a dar.

Agregó que tenía problemas económicos, le cortaban los servicios básicos, lo que le traía conflictos con el acusado pues ella le pedía dinero pero él nunca podía darle.

Le dijo que quería trabajar pero él se ofuscaba y se negaba a aceptarlo pues prefería que cuidara a su hija, indicando que las mujeres que trabajan eran flojas o les gustaba “el hueveo”. El día de los hechos, cuando llegaron al lugar en que se produjo la agresión, le expresó al imputado que iba a trabajar quisiera él o no y que cuando la agredió este le indicó que la situación se le escapaba de las manos, por lo que ella deduce que lo hizo porque no quería que trabajara.

A su turno, al imputado, al declarar, expresó que el día de los hechos, cuando iban a Coloso, discutieron sobre una posible ruptura y que Jessica Villegas le sacaba cosas en cara, especialmente le atribuía la culpa por la mala relación que tenía con su hijo mayor. Indicó que tres o cuatro meses antes de los hechos tenían su relación sentimental quebrada y que ella le planteó la ruptura, pero luego de eso se siguieron viendo; a veces estaban bien, en otras peleaban, y siempre lo culpabilizaba de todo.

Señaló que antes de los hechos se sentía mal, nervioso, bajó 15 kilos de peso y cayó en una depresión, por lo que concurreó donde un neurocirujano quien le dio unas pastillas.

Como se ve, con independencia de que ambos discreparon respecto de quien quería poner término a la relación, lo que por lo demás no resulta extraño en el ámbito de las relaciones sentimentales siempre presas de un alto contenido subjetivo, si víctima y victimario están contestes en que pasaban por una crisis, por motivos difusos, en la que rondaba la idea del término de la misma.

Por otro lado, el cuadro depresivo severo previo a los hechos que diagnosticaron los psiquiatras al imputado aparece refrendado por sus dichos y también por los de la ofendida, máxime si este efectivamente indicó que notó una baja repentina de peso en el acusado que los médicos tradujeron en un síntoma fisiológico de tal cuadro. Además, en ese punto también cabe considerar los dichos Edelmira Tebes Olmos quien indicó ser amiga del acusado y que antes del hecho lo vio muy delgado, nervioso y este le dijo que no sabía lo que tenía.

Por último, resultó pacífico que la circunstancia que la ofendida quisiera trabajar representaba un punto de discusión y que, el día de los hechos, ella manifestó su decisión ineludible de hacerlo. Ciertamente es que, en el punto, el perito Juan Méndez expresó que, de no mediar el término de la relación sentimental, habría que buscar otro factor que gatillara el estado que presentó el acusado y que en él no lo encontró, pareciéndole improbable que fuera la circunstancia que la ofendida quisiera trabajar pues ello denotaría una personalidad muy frágil que el imputado no tiene, mas, como se vio, la problemática del término de la relación sentimental sí estaba presente en la pareja, de modo que, razonablemente, debe convenirse que la controversia sobre la intención de la ofendida de trabajar fuera de su casa no hizo sino, acrecentar la crisis que presentaba la relación.

En fin, como se ve, el intento de la fiscalía de desvirtuar la pericia atacando los presupuestos sobre los que descansan sus conclusiones fueron vanos pues, al contrario de lo por ella sostenido, existen diversos antecedentes, distintos de las opiniones médicas, que dan cuenta de la efectividad de los mismos.

**DÉCIMOTERCERO:** Que también hizo causal la acusación en la circunstancia que el imputado haya narrado a la fiscal, un par de horas después de los hechos, encontrándose en el hospital, la forma de comisión del hecho, denotando así recuerdo de lo sucedido lo que no se condice con la amnesia total o parcial, propia del estado crepuscular y que el acusado mostró con posterioridad, incluyendo su declaración el juicio.

No podemos, sino, convenir con la defensa que la narración que el imputado hizo el día de los hechos y que se leyó como ayuda memoria en la audiencia de juicio oral, salvo en lo que dice relación con la agresión con un arma blanca, en nada se condice con la forma en que ocurrieron los hechos y, además, no es completa, carece de detalles e incluso es incongruente y, por ende, no resulta un recuerdo de buena calidad como para asumir, en definitiva, como subyace en la argumentación de los acusadores, que el imputado, con posterioridad a esa declaración, ha fingido una amnesia para, seguramente, prevalerse de la minorante.

Pero, más allá de lo anterior, debemos indicar que, como lo dijeron los médicos psiquiatras, el estado crepuscular puede durar minutos, horas y, excepcionalmente, días o meses. El imputado indicó al declarar que tampoco recuerda bien lo sucedido una vez que lo trasladaron al hospital, teniendo imágenes confusas, entre otras, la referida a la declaración que prestó en ese lugar ante la Fiscal de la causa. Luego, cabe preguntarse: ¿al momento de declarar aún persistía el estado crepuscular que se le diagnosticó? Los peritos que declararon en el juicio se manifestaron negativamente sobre la base de que, si tenía recuerdo de su agresión a la ofendida al declarar ante la fiscal, no podía estar inmerso en dicho estado pues afecta la conciencia. Sin embargo, el defensor indicó que en el punto la literatura médica no es concluyente, citando al efecto una sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral de la ciudad de Valparaíso en la que se contiene, a su vez, una cita de la médico psiquiatra Loreto Plaza Stuardo quien expresamente señala que si bien

los estados crepusculares producen amnesia total o parcial, es posible que, dentro del estado crepuscular, la persona tenga recuerdos de los actos que ha previamente ejecutado. De ser así, como se ve, los recuerdos del imputado ante la fiscal de la causa tendrían explicación y, además, también la circunstancia que, pasado dicho estado, le surgiera una amnesia parcial.

Cierto es que los peritos indicaron otra cosa en el juicio, pero cierto es también que frente a un punto en que incluso sentencias judiciales dan cuenta de opiniones autorizadas en sentido contrario y ni hablar de literatura básica en la materia a la que cualquier persona puede acceder vía internet que hacen otro tanto, (sólo por vía ejemplar, artículo Psicosis Exógenas Agudas de la ya mencionada médico Loreto Plaza Estuardo, Cuaderno de Neurología Facultad de Medicina de la Universidad Católica de Chile, en puc.cl) llevan a que, en esa parte, los dichos de los peritos no constituyen una opinión que necesariamente deba tenerse como hechos de la causa, cuanto más desde que ello significaría atentar contra el principio de libre valoración de la prueba.

Por lo mismo, estos razonamientos de la fiscalía para desvirtuar las conclusiones de los peritos médicos tampoco pueden ser admitidos.

También argumentó la fiscalía, para desmentir la amnesia sufrida por el imputado, que este le narró lo sucedido a la psicóloga Yasna González. Basta para descartar el argumento que esta, al declarar, expresamente señaló no recordar lo que le había dicho el acusado al respecto, haciendo una genérica referencia que le habría indicado que atacó con un cuchillo a la ofendida. No puede ser aceptado el argumento de la fiscalía, pues no resulta claro si el imputado efectivamente relató los hechos de manera pormenorizada, recordando lo sucedido, se limitó a indicarle los hechos que le eran atribuidos o bien le expresó, en términos generales, lo sucedido el día de los hechos, de acuerdo al recuerdo fragmentario que tiene del mismo.

**DÉCIMO CUARTO:** Que, en su alegato de clausura, por último, la fiscalía atacó la credibilidad del perito Carlos Torrico señalando que atiende como paciente al acusado desde antes de efectuar su pericia lo que le resta imparcialidad. Sin embargo, a este respecto, el defensor señaló que la pericia fue encargada al señor Torrico por el propio Ministerio Público sabiendo su condición de tratante del imputado, lo que no fue controvertido. Por lo

mismo, parece inaceptable que el ente acusador sólo luego que el informe fue desfavorable para su pretensión trajera a colación su carácter de tratante del imputado, lo que no le molestó a la hora de encomendarle el dictamen, seguramente sobre la base de que su profesionalismo y el carácter de funcionario público del Servicio de Psiquiatría del Hospital Regional garantizaban su imparcialidad.

Menos suerte puede tener la fiscalía cuando, respecto de este médico, pretende atribuirle defectos técnicos a su pericia sobre la base de que su informe sería incompleto y no contendría el señalamiento total de sus fuentes pues, como ya se ha dicho en varias oportunidades anteriores, la prueba pericial está constituida por los dichos del especialista en la audiencia y el rol del informe no es otro que, por una parte, conforme a lo dispuesto en los artículos 315 y 316 del Código Procesal Penal, permitir al Juez de Garantía determinar si admite la prueba o no, en este último caso cuando los informes no reúnan suficiente garantía de seriedad y profesionalismo y, ya en el juicio, como ayuda memoria de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 332 de dicho cuerpo legal. Luego, si el ente acusador pretendía que el informe carecía de defectos, pudo pedir su exclusión en el juicio o bien manifestar contradicciones reales entre lo allí señalado y lo dicho por el médico en el juicio, mas nada de eso hizo limitándose a efectuar su impugnación sólo en su alegato de clausura, lo que en caso alguno menguó la credibilidad que el perito mereció al tribunal.

**DÉCIMO QUINTO:** Que no se accederá a la petición de la defensa de considerar concurrente la atenuante de reparación celosa del mal causado sustentada en la consignación de la suma de \$ 110.000 que efectuara entre los meses de junio del año 2003 y septiembre del año 2004 pues el escaso monto y lo tardío de los depósitos distan, con mucho, para entender configurado el celo que requiere la minorante, particularmente si se considera la naturaleza del delito y el mal causado con el mismo.

**DECIMO SEXTO:** Que favorece al acusado la atenuante de irreprochable conducta anterior acreditada con el mérito de la convención probatoria celebrada entre los intervinientes de que carece de anotaciones prontuariales en su extracto de filiación y antecedentes.

Sin perjuicio de ello, también contribuyeron a formar convencimiento en el punto las declara-

ciones de los testigos Mario Donoso Mandiola y Edelmira Tebes Olmos en cuanto indicaron, el primero, que conoce al acusado desde hace 43 años pues estudiaron juntos y luego se han desempeñado como profesores en el mismo establecimiento educacional, por lo que le consta que es una persona participativa, con buena relación con sus colegas, responsable, no teniendo noticias de reclamos o problemas; mientras que la segunda señaló que lo conoce desde el año 1970, cuando fueron vecinos, y luego siguieron siendo amigos por lo que puede decir que se trata de una persona honesta, respetuosa, querendón de los niños e intachable.

Del mismo modo coadyuvaron en el punto los certificados de conducta laboral del acusado suscritos por sendos directores del Liceo Industrial Eulogio Gordo Macuada de esta ciudad, que dan cuenta de su fiel cumplimiento de sus obligaciones como profesor del establecimiento y las buenas relaciones que mantiene con colegas, alumnos y apoderados; un certificado de honor de dicho establecimiento por 30 años de destacada labor como docente y, por último, certificado de título de Profesor de Educación Física otorgado por la Universidad del Norte.

**DECIMOSÉPTIMO:** Que las liquidaciones de remuneraciones percibidas por el acusado, la consulta del estado de una cuenta de ahorro a su nombre y el de su hija Ximena Arispe Villegas, la libreta de ahorro misma, los avisos de vencimiento de cuotas de crédito hipotecario y los comprobantes de pago de créditos de consumo no aportan en nada a los hechos penalmente relevantes controvertidos en el juicio, mas desde que sobre su base la defensa no efectuó alegación alguna y, por lo mismo salvo esta mención ningún análisis cabe hacer de los mismos.

**DECIMOCTAVO:** Que de este modo, concurriendo dos circunstancias atenuantes de responsabilidad penal y ninguna agravante el tribunal rebajará en un grado la pena señalada por la ley al delito imponiendo, en definitiva, la pena de presidio menor en su grado máximo, en su parte más alta por la naturaleza del delito y el bien jurídico afectado.

Reuniendo los requisitos legales se concederá al acusado el beneficio de la libertad vigilada debiendo señalarse, eso sí que, de conformidad a lo dispuesto, en el artículo 5 letra d) con relación al artículo 17 letra d), se prescindirá de la obligación señalada en esta última disposición pues atendida la situación laboral y familiar del acusado y del mon-

to de la indemnización que será fijada, aparece suficientemente justificado un impedimento para satisfacer dicho monto, de una vez, y con la inmediatez que se requeriría para gozar del beneficio.

**En cuanto a la acción civil:**

**DECIMONOVENO:** Que la parte querellante interpuso demanda civil en contra del acusado pidiendo que fuera condenado a pagar la suma total de \$20.000.000, más intereses y costas del juicio, hasta su pago íntegro, o la suma que el Tribunal se sirva fijar prudencialmente, con el fin de resarcir, en parte, los daños psicológicos, que la víctima ha soportado a consecuencia del delito.

Señaló que los hechos referidos provocaron en la víctima el trauma del ataque, la difícil, esforzada y lata etapa de rehabilitación, con fines de reparar su cuerpo y su estado psicológico a un nivel aceptable.

El abogado del demandado solicitó se rebajara el monto de lo pedido por el menor injusto que significa la comisión del delito con las minorantes concurrentes y, además, sostuvo que resultó establecido en el juicio que la demandante se ha recuperado.

**VIGÉSIMO:** Que acreditada la existencia del hecho punible y la responsabilidad que en el mismo le cupo al acusado, se encuentra establecido el primer presupuesto procesal de la pretensión del actor, esto es, que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto de la acción penal.

Por lo mismo, se encuentra acreditada la legitimación pasiva del encartado para litigar respecto de esta acción.

Además, resultando indiscutido que la demandante Jessica Villegas Aramayo fue personalmente ofendida con el delito, su calidad de víctima la legitima activamente para demandar en el juicio.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que se demandó por la víctima el daño moral experimentado a consecuencia del hecho dañoso, por el cual se pide la suma de \$ 20.000.000.

Acreditado que la víctima sufrió diversas lesiones de carácter grave, que pudieron acarrearle la muerte de no mediar atención médica eficaz y oportuna, a consecuencia de la acción dolosa del imputado, lógica y racionalmente puede presumirse de modo tan directo, grave y preciso que sufrió daño moral, es decir, que experimentó dolor, pesar o angustia a consecuencia del hecho dañoso, ello sin perjuicio

del alcance mayor que el concepto de daño moral tiene como lesión a los intereses extramatrimoniales, que ello puede ser establecido como un hecho de la causa.

Sin perjuicio de lo anterior, el daño moral experimentado por la actora también resultó probado, en primer término, por su propio testimonio en el que dio cuenta de los sufrimientos experimentados a causa del hecho, indicando que no se ha podido recuperar encontrándose permanentemente en terapia psicológica; no tiene pareja pues desconfía de los hombres, a lo que, además, debe unirse que su hija tiene pesadillas, llora, grita y no vive tranquila.

Además, la parte demandante hizo declarar Fresia Villegas Aramayo y a Paulo Pizarro Villegas, hermana e hijo de la ofendida respectivamente, quienes indicaron que luego de la comisión del delito esta no ha podido salir a la calle pues tiene miedo de ello. También indicaron que siente temor del sol ni va a la playa, pues se recuerda de lo sucedido. Agregaron que no puede hacer cosas con sus manos pues se le caen, se ahoga en la noche, no duerme bien y le cuesta tener amigos pues piensa que le pueden hacer daño.

La primera indicó, además, que antes de los hechos era una persona muy dulce, generosa pero luego de estos se ha vuelto recelosa.

Por último, la parte demandante hizo declarar al psicólogo Iván Rodríguez Sotomayor, quien indicó que ha atendido a la víctima por lo que puede indicar que presenta un trastorno por estrés postraumático, con evolución de tipo crónica, permaneciendo hasta la fecha del juicio algunos síntomas.

Indicó que la víctima revive situaciones ya sea mediante imágenes y sensaciones corporales muy reales; presenta tendencia a la evitación, es decir, la necesidad de evitar el recuerdo de la situación traumática, por ejemplo no concurrir a lugar de los hechos, no exponerse al sol del mediodía en fechas calurosas e, incluso, en su momento tendía a permanecer en su casa para no encontrarse con otras personas.

También señaló que ella permanece en estado de hiper alerta lo que se traduce en que reacciona de manera exagerada, pesadillas, dificultades para dormir.

Agregó que la señora Jessica Villegas debió recurrir a fármacos y a terapia para superar lo vivido.

Por último, indicó que actualmente la demandante se desempeña como ejecutiva de ventas en una

Isapre costándole bastante incorporarse al trabajo pero lo ha hecho bien.

Como se ve, los testigos y el perito han dado cuenta de una serie de efectos negativos que el hecho produjo en la señora Jessica Villegas, los que el especialista ha indicado como efectos del estrés postraumático que esta presenta, todo lo cual corrobora la conclusión ya adelantada que la actora padeció de daño moral, por lo que debe hacerse lugar a la demanda por éste concepto mas, eso sí, no en el monto solicitado por la parte, pues la valoración que realizó parece excesiva en atención al grado de desarrollo del delito y, particularmente, considerando la culpabilidad disminuida con que actuó el demandado, por lo que, en ejercicio de las facultades que la propia demandante entregó en orden a regular el monto de la indemnización, al tribunal le parece justo y equitativo fijar dicho monto en la suma de \$ 10.000.000, lo que hará al resolver.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 11 N° 1 y 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 26, 29, 50, 68 y 391 N° 1 del Código Penal; 47, 295, 296, 297, 340, 341 y 342 del Código Procesal Penal y 2314 y siguientes del Código Civil se declara:

I.- Se condena a **ERASMO ADOLFO ARISPE GODOY**, ya individualizado, a la pena de **CINCO AÑOS** de presidio menor en su grado máximo, como autor del delito de homicidio calificado frustrado de Jessica Villegas Aramayo, acaecido en esta ciudad el día 7 de febrero del año 2003.

Se le condena, además, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena. Se le condena, por último, al pago de las costas de la causa.

II.- Que se hace lugar a la demanda civil deducida por don Carlos Tello Luza en representación de doña Jessica Noemí Villegas Aramayo, en contra de don Erasmo Arispe Godoy y, en consecuencia se le condena a pagar la suma de \$ 10.000.000 por concepto de daño moral, los que pagará con intereses entre la fecha de esta sentencia y su pago efectivo, más las costas de la acción civil.

III.- Que reuniéndose los requisitos del artículo 15 de la Ley 18.216, concédese al condenado el beneficio de la Libertad Vigilada, con un lapso de observación igual al de la pena corporal ante el

Centro de Reinserción Social que designe, o Antofagasta en subsidio, al que deberá presentarse dentro de las 24 horas siguientes a la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada, satisfaciendo las demás exigencias del artículo 17 de la señalada ley, con la salvedad de la señalada en la letra d) de dicha disposición.

Si el beneficio le fuere dejado sin efecto, cumplirá la pena íntegra y efectivamente, y se le contará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono en la ocasión, o para el evento de la sustitución del beneficio, los días 7 y 8 de febrero del año 2003 que permaneció privado de libertad por esta causa como consta del auto de apertura del juicio oral.

Oficiese, en su oportunidad, a los organismos que corresponda para comunicar lo resuelto y remítanse los antecedentes necesarios al señor Juez de Garantía de esta ciudad para la ejecución de la pena.

**Regístrese.**

Redactada por el Juez Dinko Franulic Cetinic.

Rit. 126-2.004

**PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA SEÑORA CLAUDIA LEWIN ARROYO, SEÑOR JOSÉ DELGADO AHUMADA Y DINKO FRANULIC CETINIC.**

- **Condena a uno de los acusados a las penas de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, cien días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor de los delitos de homicidio simple y lesiones menos graves, y al otro acusado a las penas de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, dos años de presidio menor en su grado medio y cien días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa, como autor de los delitos de homicidio simple frustrado, lesiones graves y lesiones menos graves.**

**Tribunal:** Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt.

#### **Resumen:**

*La Fiscalía acusó a los imputados como autores de los delitos de homicidio simple, homicidio simple frustrado, lesiones graves gravísimas y lesiones de mediana gravedad, alegando, además, la concurrencia de la agravante del artículo 12 N° 6 del Código Penal. La Defensa solicitó la absolución de uno de ellos por haber sufrido una pérdida temporal de la razón, y respecto del otro, la absolución en el delito de homicidio frustrado, por haber faltado el dolo directo de matar, y en los delitos de lesiones, por faltar la certeza absoluta en la cadena causal. El Tribunal rechazó la eximente alegada a favor del primer imputado, por cuanto no se logró acreditar el estado crepuscular sostenido. En cuanto al otro acusado, tuvo por acreditado que lesionó no pudiendo menos que saber que las heridas podían ser letales dadas la intensidad, número y lugar en que se infirieron, no siendo requisito el dolo directo para ser autor de un delito en grado de frustrado. Respecto a su responsabilidad en el delito de lesiones graves gravísimas, el Tribunal recalificó al delito de lesiones graves, por cuanto no se cumplieron los requisitos del artículo 397 N° 1 del Código Penal. Finalmente, en cuanto a la agravante alegada por el Ministerio, la rechazó por cuanto ésta exige que la superioridad sea buscada por el autor, así como que dicha superioridad no sea inherente al delito, circunstancias que no concurrieron en los hechos investigados.*

#### **Texto completo:**

Puerto Montt, dos de diciembre de dos mil cuatro.

#### **OIDO, VISTO Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO: Tribunal e intervinientes.** Que durante los días veintidós, veintitrés, veinticuatro, veinticinco, veintiséis y veintisiete del mes en curso, ante la Sala Única del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, integrada por los jueces Jaime Rojas Mundaca, quién la presidió, doña Neyda Santelices Moreno y Claudia Olea Tapia se desarrolló audiencia de juicio oral en esta causa seguida en contra de **JUAN CARLOS HERNÁNDEZ NAGUELQUIN**, cédula nacional de identidad N° 14.378.420-7, domiciliado en sector Llau Llau s/n de Castro, y de **JOSÉ LUIS HERNÁNDEZ NAGUELQUIN**, cédula de identidad N° 16.158.859-8, sin oficio, domiciliado en sector Llau Llau s/n de Castro.

Fue parte acusadora en este juicio el Ministerio Público representado por los Fiscales Adjuntos Ulises Berríos Tapia y Daniel Alvarado Tiquer.

La Defensa de los acusados estuvo a cargo de los abogados de la Defensoría Penal Pública Mónica Salamanca Huenchullan y Pedro Vega G.

**SEGUNDO: Acusación.** El Ministerio Público formuló acusación en contra de los acusados por los siguientes hechos:

Que el día 25 de enero de 2004, alrededor de las 05:00 horas de la madrugada, los acusados **JUAN CARLOS HERNÁNDEZ NAGUELQUIN** y **JOSÉ LUIS HERNÁNDEZ NAGUELQUIN**, luego de salir de la sede del Club Deportivo O'Higgins ubicada en calle Serrano s/n del sector de Llau Llau, comuna de Castro, donde se realizaba un beneficio, agredieron a unas personas que también salían desde dicha sede, comenzando el acusado Juan Carlos

Hernández Naguelquin a agredir con un arma corto punzante a **Juan Claudio Ojeda Andrade**, ocasionándole heridas penetrantes torácicos que le provocaron la muerte; para luego ambos acusados agredir repetidamente con armas corto punzantes a **Francisco Leopoldo del Carmen Madrid Ojeda**, quien resultó con heridas corto penetrantes en la zona siliar derecha, cervical derecha. Hombro izquierdo, en la región escapular izquierda y en la región sobre escapular derecha, lesiones de tipo homicida que pudieron haberle provocado la muerte de no mediar socorro oportuno; posteriormente el acusado José Luis Hernández Naguelquin agredió con un arma corto punzante en la región dorsal y con una piedra en la cabeza a **Juan Aníbal Ojeda Bahamondez** ocasionándole una fractura parietal izquierda que le produjo un traumatismo encéfalo craneano, lesiones consideradas como de carácter grave gravísimas; para finalmente ambos acusados proceder a perseguir y agredir en la intersección de calles Serrano con Prat del mismo sector Llau Llau, con golpes de pies y puños a **Jorge del Carmen Madrid Ojeda**, a quien le ocasionaron lesiones de mediana gravedad, huyendo finalmente del lugar.

En **su alegato de clausura** estima que con la prueba rendida en el juicio se acreditaron cada uno de los hechos contenidos en la acusación. Asimismo, en cuanto a la exigente de responsabilidad criminal alegada por la defensa, señala que no fue probada en juicio. Los peritos que declararon definieron el estado crepuscular como una privación temporal de la razón que sufre una persona frente a un impulso tan severo que pierde su voluntad, perdiendo su capacidad de discernir y siendo un estado transitorio. En la especie ese estado crepuscular no se presenta en el imputado, en atención a que no se dieron las características típicas del estado crepuscular, esto es que surge de una forma espontaneidad, que las personas que lo padecen pierden la capacidad de discernir respecto de los objetos ni de las personas, no pueden distinguir, se produce un bloqueo de la voluntad, pero queda un registro, que la persona después de cierta cantidad de tiempo puede volver a recordar, nace en la persona una vez acaecido el hecho un gran sentimiento de arrepentimiento, de angustia de necesidad de pedir perdón. Tampoco esta acreditado el estado crepuscular por la inexistencia del elemento gatillador del estado crepuscular la hematofobia y a la idoneidad para producir el estado. Tampoco el acusado se

encontraba en un estado crepuscular por la secuencia de los actos, de acuerdo a la lógica y a las máximas de la experiencia de acuerdo a lo señalado por los peritos, la causa debe ser anterior al efecto, en concreto la pedrada y la sangre debió ser anterior a la agresión, todo lo que no fue acreditado en juicio por la defensa, por lo que solicita se rechaza la exigente alegada y se condene a los acusados conforme a los pedido por el Ministerio Público.

**TERCERO: Defensa.** En sus **alegatos de apertura y clausura** la defensa señala que traerá testigos reales y concretos que asistieron y fueron parte de una celebración típicamente vecinal en el Club Deportivo O'Higgins, al que asistieron las familias Hernández y Ojeda, en donde bebieron y se produjo un incidente entre integrantes de estos dos grupos por una joven. A la salida del baile alrededor de las 5 de la mañana se generó una riña en la que se vio envuelto el hermano menor de los Hernández Naguelquin, riña en que en evidente inferioridad cae al suelo, y en la que se involucra su hermano Juan Carlos para defenderlo reaccionado como históricamente lo ha hecho cada vez que su hermano menor lo necesita. Ese es el motivo por que se involucra en la riña, durante la que recibe un golpe en el rostro, sangrando profusamente. Es fundamental entender este orden de los hechos, porque al ver a su hermano golpeado cientos de recuerdos traumáticos de su infancia vuelven hacia él, que aluden a una violencia extrema, en ese instante preciso recibe un pedrada en la frente, siente fluir sangre por su rostro y en razón de la hematofobia que padece desde niño y que será acreditará en la audiencia que es así se produce una pérdida total temporal de razón. Juan Carlos y José Luis Hernández Naguelquin no tienen antecedentes penales, para ellos y su familia también es una tragedia lo ocurrido. En la sede habían 30 personas a lo menos y en ese contexto, sujetos no identificados tiraron piedras, resultando uno de los integrantes de uno de los grupos fallecidos y tres con heridas. En síntesis y en base a la prueba rendida en juicio, espera que el Tribunal absuelva a Juan Carlos por haber padecido una pérdida total temporal de razón, dicte sentencia absolutoria de a favor de José Luis Hernández Naguelquín en el delito de homicidio frustrado toda vez que no se encuentra acredita en los hechos que existiera un dolo directo de matar, y que en el los delitos frustrados no cabe el dolo eventual. Que asimismo, dicte sentencia absolutoria res-

pecto de las lesiones grave gravísimas, sucede que el lesionado después de los hechos realizó una serie de actividades como caminar, conducir el auto y chocó con posterioridad a ello llegó la ambulancia y lo atienden, hay más que una duda razón del origen de las lesiones, tampoco esta determinada la o las personas que le provocaron las lesiones y con que objeto se las produjeron, también que de las lesiones menos graves ya que en el mismo choque iba el lesionado Jorge Madrid Ojeda.

**CUARTO:** Que el acusado José Luis Hernández Naguelquin, al final de la prueba de la defensa renunciando a su derecho de guardar silencio y a título de defensa presta declaración expresando, que el 24 de enero concurrió a una fiesta religiosa en el sector de Llau Llau, fue con su primo, salieron de la casa de los abuelos donde vive actualmente, como a las 9 de la tarde, llegaron a la sede del Club Deportivo O'Higgins, la entrada estaba más o menos cara salía a \$ 1000, hablaron con el portero para que los dejara entrar por menos plata, ingresaron a la fiesta como a las 10 a 10:20 horas, se ganaron a la orilla de la orquesta y al otro lado estaba la cantina. Ahí encontró a su hermano Juan Carlos que andaba con su señora la Paula, un primo, el primo Marcos, el hermano Víctor con su polola, estuvieron consumiendo un poco de alcohol, dos o tres botellas y cerveza, la fiesta se realizó tranquila, estuvo bailando, alrededor de las 03:30 horas el primo Marco contó que tuvo un incidente y que un familiar le llegó a decir "que huea te pasa y que harías tu si te pego aquí mismo", él le dijo que no le diera importancia, siguieron la fiesta, como un cuarto para las cinco dijo la orquesta que era la última canción y que termina la fiesta. Posteriormente, procedieron a salir, él iba detrás de Marco quien iba tomando una cerveza, también salió el Kimba con su polola, llegaron afuera, Marco fue a conversar con un tipo, él fue a ver que pasaba, llegó el primo de Juan Claudio, le dijo a Marco que se calme que se fueran para que iba a tener problemas, no le hizo caso y de repente le puso un puñetazo, él se metió al medio para separarlos, llega el primo del sujeto y le aforra, se pone a pelear con el primo, en eso se acerca una persona más anciana, entre los dos lo redujeron y lo botaron al piso, cae. En eso llegó hermano Juan Carlos, le ayuda, él se para y cuando lo ve, su hermano andaba con un pañuelo azul claro tenía una mancha en el pañuelo, como que le caía sangre, no lo siguió viendo más, fue

donde el primo y siguió peleando con el éste con golpes de pies y puños, sacó una cortaplumas y le dio como cuatro o cinco cortes y después llega la persona más anciana quien le pega en la cara, se aleja y va a ver a otra persona que está tirada en el piso, él le pega un puntapié y le pega un corte en el hombro derecho, ahí estaban tirando piedras, no vio quien, pero era harta gente, se aleja y llega un tipo que manejaba un radiotaxi y dice porque lo mataste, él contesta que no había matado a nadie, lo invita a pelear, le dice que no que no pasa nada, lo agrade con golpes de pies y puños, él retrocede hasta la pared del cementerio, en ese momento llega unas personas que andaban con él, ellos lo calmaron, el hermano le dijo que se fuera, él no se quería ir, quedó medio picado. Después caminó hacia abajo a calle Arturo Prat y encontró a su primo el Giovanni, se fueron a la casa, llegaron como a las 06:00 horas, llegó a comer un poco. Al otro día, alrededor de las 13:45 horas llega Investigaciones a la casa, él estaba en la pieza, preguntan por el hermano y por él, su familia pregunta porque, dicen que por homicidio, entonces se entera que había muerto una persona y lo detienen, le preguntaron donde quedaba la casa del hermano, fueron hasta el lugar había no nadie. Explica que cuando señala "sujeto ese", se refiere al occiso, cuando se refiere al "mas anciano", era una persona de más avanzada edad, recuerda que lo interrogaron como diez veces. Agrega, que no pudo apreciar quienes tiraban piedras, cuando cortó a Francisco ya estaban tirando piedras de distintos lados.

**QUINTO:** Que el acusado **Juan Carlos Hernández Naguelquin**, al final de la prueba de la defensa, renunció a su derecho a guardar silencio, y señaló en sus aspectos mas relevantes: "*Ese día fui a visitar a mi taita José Hernández quedé solo, volví en la tarde, y me encontré con mi señora en la casa, me insistió en que fuéramos al beneficio bailable que se estaba realizando, yo no quería salir, porque había pasado un susto dos días antes, un problema muy grande, del que no deseo dar detalles, pero finalmente fui con ella. Llegué a la fiesta como las 22:00 horas, pero entré como las 22:30 no estoy seguro de la hora, porque no tengo reloj. Entré con mi señora, bailé, bebí, todo tranquilamente, porque cuando anda con ella no me preocupó de lo que pasa, me voy a divertir con ella, no me pongo a pensar lo que pasa al resto. Si me adelanto a los hechos, eran las 05:00 horas, dijeron que iba a ter*

minar la fiesta, yo estaba ebrio, porque aparte de lo que decía mi hermano de que tomamos tres botellas de vino con fanta, yo tenía amigos dentro de la fiesta, amigos que le convidan a un trago a uno, pero distintos tragos, uno va a una mesa y le convidan una piscola, va a otra mesa y le convidan una cerveza, así sucesivamente si uno tiene amigos. Igual estaba ebrio. Me retiré de la fiesta, ya había salido mi hermano, él iba adelante me recuerdo, mas adelante de él iba marco, yo me quedé un poco mas atrás, no tan atrás, iba abrazado con mi señora, al lado iba mi primo "El Giovanni", me quedé un rato en la puerta, salgo así, mi señora dijo que tenía frío, ya estaba afuera mi hermano y "El Marco", yo tenía una chomba puesta y se la paso a mi señora, porque dijo que tenía frío, porque eran como las 05:00 de la mañana y hacía frío. Yo salgo, veo discutiendo a mi primo "El Marco", pero no le tomo interés, porque son las cosas de él no más. Lo veo discutiendo con un tipo que ahora sé su nombre, ahora que "vine" a este tribunal y escuché su nombre, yo no lo conocía tampoco, que es el Juan Claudio. Bueno, en ese momento, aparte que discutían, después terminaron peleando, empezaron a pelear "El Marco" con el "tal Juan Claudio", mi hermano igual estaba bien. Yo estaba abrazado con mi señora, en la vereda, en la entrada de la sede, al lado mío había una camioneta roja; -eso en el momento de la perspectiva de la mirada hacia allá-, yo observo como cae mi hermano, a él siempre lo he cuidado lo he protegido, él es mi hermano menor, hemos pasado por grandes cosas. Al verlo caer, lo voy a defender, porque entre dos lo estaban pateando, y en ese momento igual miro hacia allá, y veo que el marco sale de ahí y deja a mi hermano solo, y yo voy al encuentro, porque en ese momento yo estaba conciente, estaba ebrio pero conciente de lo que estaba mirando, voy a defender a mi hermano, y con el primero que me "terceo", porque "El Marco" ya había huido, con el primero que me "terceo" es con el Juan Claudio, y con él peleo, pero en ese momento, cuando luchamos los dos, alguien, no sé quien, pero tiene que haber sido un familiar de él, me golpeo, y en ese momento sentí un destello fuerte, fuerte en la cabeza, un destello como cuando a uno le hacen un flash de fotografía, así, de ese tamaño. Recuerdo haber traído un pañuelo en la cabeza, al sentir el destello, sentí igual un calor, así como cuando empieza a fluir la sangre, pero como es un pañuelo en ese momento me hago así, y acá

tenía un hoyo el pañuelo, un hoyo y en esta parte es todavía, todavía tengo la cicatriz y siento lo tibio, fluir la sangre tibia, y al ver mi sangre así, yo de chico he sido así, al ver mi sangre, entre el alcohol, y lo que estaba pasando en ese momento que había una pelea, y al ver mi sangre, realmente me borré, me desesperé no sé como fue, pero no puedo recordar mas allá. Yo aquí en este tribunal, yo he escuchado a todos los testigos, acusarme me imputan los cargos, y lo que mas me cuesta es asumir de que yo lo hice, porque no tengo recuerdo de eso, de yo, haberlo apuñalado, yo no lo recuerdo, yo me he hecho una idea con todo lo que he escuchado aquí en el tribunal, me hago una idea, pero no lo recuerdo. Yo después de eso, en una calle lateral, estaba allí, y como que volví en sí, y cuando me di cuenta que estaba volviendo en sí, escuché la voz de una señora que declaró aquí y me fue a abrazar, porque me conoce de niño, (se refiere a la testigo Rubelinda Muñoz, que pidió en audiencia despedirse de los dos acusados) que me gritaba que me dejara de hacer lo que estaba haciendo, así me gritaba fuerte, esa señora tiene la voz bien fuerte, y atrás de mi había una persona llorando que igual me gritaba, y al lado mío había una persona que era mi primo "El Marco", que me tenía agarrado fuerte el brazo y la "guata", y me decía que me calme, y en el piso había un tipo que no le recuerdo la cara, pero después cuando el otro día estuvo aquí, y dijo que era yo quien lo había pateado, y me reconoció aquí, ahora sé, que era él. Recuerdo que en ese momento ahí, "El Marco" me sacó a la calle mas acá, me logró calmar, mi señora me abrazó, lloraba caleta, lloraba harto, estaba como histérica, sería producto del miedo, me llevó para la casa, tenía toda la parte de las orejas las cejas, y todavía veía mis manos llenas de sangre, todavía recuerdo que vestía pantalón color crema, el pañuelo era azul claro y mi polera que usaba abajo era de color plomo con un número grande 24, esas estaban empapadas de sangre, pensé que tenía un hoyo en la cabeza, mi señora, me llevó a la casa, dijo que iba a ir a buscar "Al Matías" (su hijo). Me ayudó a limpiar la herida, yo le decía que no lo toque porque lo tenía delicado, perdía cualquier sangre. Un golpe en la cabeza que hace una herida contusa son sangradoras. Recuerdo que me dijo que nos fuéramos, yo todavía no tenía conciencia de lo que había hecho. Cuando veníamos en el bus, me dijo que yo le había hecho daño a una persona, y que si me acordaba, yo le

decía que no; trataba de hacer memoria. Después asumí, que lo que ella me estaba diciendo era verdad, que yo había hecho eso, porque ella me lo decía, porque ella lo presencié. Después que llegamos a "puerto", acá, leí los diarios, y de ahí esperé que llegaran a buscarme los de Investigaciones, no pensaba en huir, porque recién estaba volviendo en mí, y estaba esperando que me vinieran a buscar, porque no tenía dinero para devolverme, porque si hubiese tenido dinero, me hubiese ido a entregar al mismo Castro, porque si realmente huí como se dice que me fugué, fue porque mi señora. Dijo que me fuera, y ella me dijo eso porque estaba presa de pánico, y tenía miedo de perderme y yo solo le hacía caso en lo que ella me decía. Cuando llegaron los de Investigaciones, yo les dije que sabía lo que había pasado, porque mi señora me dijo lo que había pasado, no porque yo recordara lo que había pasado. Otro punto es que si yo hubiese sabido lo que hice, yo no hubiese pasado, por la misma calle caminando. Yo pasé, por la misma calle caminando, una persona que sabe los hechos que hizo, no vuelve a pasar por el mismo lugar, porque se anda escondiendo, yo volví a pasar por el mismo lugar, sin saber la magnitud de lo que hice. Y acá cuando llegué a Castro, se me leyeron mis derechos, pero nunca se me dijo que tenía derecho a un defensor público, pensaba que tenía que gastar plata de mi bolsillo".

Contrainterrogado, por la defensa, el acusado, refiere las circunstancias en que le fuera practicado el examen, por la perito Wilma Ortiz, aduciendo que en la ocasión le fueron administrados medicamentos sin su consentimiento, que habrían influido en los resultados del mismo, por haberse sentido somnoliento y con sus capacidades de respuesta disminuidas al momento de las entrevistas, impugnando al mismo tiempo la forma del examen en orden a que era un verdadero interrogatorio, o como mas precisamente señaló, como un cuestionario de preguntas y respuestas, en que su única alternativa era decir si o no.

Posteriormente al ofrecerle la palabra al final del juicio, señaló: "Aunque tengo sobre todo lo que he escuchado acá en este tribunal, y todos los hechos que se me imputan, tengo una idea de lo que pudo haber pasado, pero acá no hay nadie presente, ningún familiar, pero igual, del fondo de mi corazón estoy arrepentido si fue así como ocurrieron, si fuese así como ocurrieron igual estoy arre-

pentido, pero el problema es que no puedo recordarlo".

**SEXTO:** Que son hechos no controvertidos en la causa, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 275 del Código Procesal Penal, los siguientes:

- 1.- Que el extracto de filiación de Juan Carlos Hernández Naguelquin no registra anotaciones preteritas.
- 2.- Que el extracto de filiación de José Luis Hernández Naguelquin no registra anotaciones preteritas.
- 3.- Que el certificado de defunción del occiso, Juan Claudio Ojeda Andrade, cédula identidad N° 10.977.311-5, fechado el 25 de enero de 2004, a las 05:45 horas, señala como causa de muerte, anemia aguda penetrante torácica múltiple.
- 4.- Que el certificado de nacimiento de Juan Claudio Ojeda Andrade, cédula identidad N° 10.977.311-5, nacido el 19 de febrero de 1981, hijo de Juan Anibal Ojeda Bahamondez y María Aurora Andrade Miranda.
- 5.- Que el certificado de nacimiento de Jorge Eduardo Ojeda Madrid, cédula identidad N° 12.595.154-6, nacido el 20 de mayo de 1974, hijo de Francisco Leopoldo Madrid Orrego y Elsa Juana Ojeda Bahamondez.
- 6.- Que el certificado de nacimiento de Francisco Leopoldo Ojeda Madrid, cédula identidad N° 11.484.231-1, nacido el 02 de octubre de 1969, hijo de Francisco Leopoldo Madrid Orrego y Elsa Juana Ojeda Bahamondez.
- 7.- Que el informe pericial químico N° 29, fechado 11 de febrero de 2004, elaborado por la Policía de Investigaciones de Chile, Laboratorio de Criminalística Regional Temuco, elaborado por la perito químico Sylvia Figueroa Carvajal, señala que, efectuada la prueba de orientación sanguínea (reacción de Adler) y la prueba específica para especie humana (reacción de Inmunoprecipitación) a muestras levantadas desde las evidencias consistentes en:
  - \* Un pantalón de buzo de tela sintética, marca New Sport, talla L, color gris con franjas laterales grises en tono más claro, con cordón y elasticado en la cintura.
  - \* Un frasco de plástico transparente con tapa rosca, el que contiene tres piedras pequeñas, impregnadas de una sustancia orgánica en evidente estado de descomposición.
  - \* Un tubo de plástico transparente con tapa roja, el que contiene material vegetal seco que se encuen-

tra impregnadas de una sustancia orgánica estado de descomposición.

\* Un tubo de plástico con tapa roja que contiene una tórula de algodón, que presenta en uno de sus extremos, impregnada una sustancia orgánica de color pardo rojizo en estado de descomposición.

Arrojan cada una de ellas, orientación sanguínea de especie humana con resultado positivo. Concluye que constato que las manchas de color pardo rojizo que presentan el pantalón y la tórula, la sustancia orgánica en las piedras y material vegetal, corresponden a sangre humana. Se devuelven las evidencias periciadas, junto a sus correspondientes formularios ininterrumpidos de cadena de custodia.

8.- Que la evidencia levantada en el sitio del suceso, se resguardó en su integridad al momento de ser recogida, en el traslado a la ciudad de Temuco y regreso a Castro.

9.- Que el señor Juan Aníbal Ojeda Bahamondez tiene un contrato de trabajo indefinido con la empresa Chiloe Motores y se desempeña como mecánico automotriz y desarme de motores y, desde el 25 de enero de 2004 ha presentado licencias sucesivas por 30 días hasta el 21 de junio del presente año.

#### **HOMICIDIO EN LA PERSONA DE JUAN CLAUDIO OJEDA ANDRADE.**

**SÉPTIMO: Hechos acreditados.** Que el Tribunal apreciando la prueba libremente y sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, tiene por acreditado, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos y circunstancias:

**1) Que el día 25 de enero de 2004, se realizó una fiesta en la sede del Club Deportivo O'Higgins ubicada en calle Serrano s/n del sector de Llau Llau, comuna de Castro, a la que asistieron entre otros Juan Claudio Ojeda Andrade y los acusados Juan Carlos y José Luis Hernández Naguelquin, la que terminó alrededor de las 05:00 horas de la madrugada, al momento que los asistentes se retiraban del local se produjo un incidente verbal en el que se vieron involucrados los acusados con Juan Claudio Ojeda Andrade.**

Proposición de hecho que se encuentra justificada con los dichos de **Yasna Ojeda Aguilar**, quién depuso que ese día fue con sus padres, **Nora Aguilar** y **Juan Aníbal Ojeda**, su hermano **Juan Claudio** y sus primos **Jorge Eduardo** y **Francisco Madrid Ojeda** a la fiesta en la sede del Club Deportivo O'Higgins ubicada en calle Serrano s/n del sector de Llau Llau,

comuna de Castro, cerca de las 04:00 horas su primo **Jorge Eduardo** se fue a dormir al auto, el que se encontraba estacionado como a 100 metros del lugar. La fiesta estuvo bien toda la noche y terminó alrededor de las 4:45 horas, su papá salió primero a buscar el auto, ella salió con su mamá y su hermano venía detrás, escuchó que su mamá le dijo a uno de los chicos que tuviera cuidado porque la estaba empujando, que no fuera insolente, salieron, ella iba con el hermano abrazados y un chico alto de tez blanca, junto con otros más se pusieron alrededor de ellos y comenzaron a preguntarle al hermano cómo se llamaba, él no le quiso responder, el chico le dijo una insolencia y el hermano se devolvió, fue donde su papá, le contó lo que estaba pasando con **Juan Claudio**. En el mismo sentido declararon **Nora Aguilar Reyes**, **Juan Paillán Mansilla** y **Jessica Ñancul** que así lo expresan en forma coincidente, corroborado por lo manifestado por **Carlos Ojeda Zuñiga**, quien declaró que también asistió a la fiesta y que de repente vio que se produjo una discusión con uno de polera roja de ahí se acerca el **Lucho Naguelquín** y pregunta ¿Qué pasa con el de polera roja y dice que nada, que ya habían hecho las pases y llegan a discutir y a alegar, de repente **José Luis** tiro una botella al papá de **Juan Claudio**. En el mismo sentido depuso **Nayarett Mansilla Huicha** en cuanto a que una vez que terminó la fiesta la gente fue saliendo del local y ella fue la última en salir cuando se encontró con una pelea entre el **Kimba** y **Juan Claudio**. De **Leandro Mansilla Huicha** que declaró que cuando la gente iba saliendo él se quedó sentado en la escalera de la puerta principal de la sede del club, ubicación desde la que pudo ver, como "el araña" con el occiso comenzaron a discutir, acercándose después el padre y el primo de este último, como también, "El Kimba". Que fue en esos instantes en los que "El araña" le pegó "un combo" al padre del occiso, que allí reaccionó el primo de **Juan Claudio**, su primo y "El Kimba". De **Francisco Madrid Ojeda**, quién depuso que la fiesta transcurrió normal y en la salida de la fiesta, salieron con toda la familia, se despidieron de los porteros que se habían portado bien con el papá, se quedaron con **Juan Claudio** más atrás, se separaron dos o tres metros, escuchó "lo mataron", se dio vuelta y le dieron un golpe en la ceja, sangraba bastante. De **Juan Aníbal Ojeda Bahamondez**, quien manifestó que ese día fueron con su familia a la sede del club deportivo

en Llau Llau como a las 10 de la noche hasta que terminó la fiesta alrededor de las 5 de la madrugada, salió adelante, fue a buscar el auto para pasar a buscar su familia, caminó unos 50 metros cuando su hija lo llama que habían apuñalado a Juan Claudio. De **Joceline Macarena Barria Godoy**, en cuanto afirma que el día 24 de enero estaban en la fiesta del club O'Higgins, y que como a las 05:00 horas, terminó la música y todos comenzaron a salir, percatándose que había una discusión en la puerta, de la que alcanzó a escuchar, *"peguémosle a Claudio"*. Que en esas circunstancias ella salió con su prima, y al medio de la calle "se armó la pelea".

**2) Que en dichas circunstancias el acusado Juan Carlos Hernández Naguelquin comenzó a pelear con Juan Claudio Ojeda Andrade, y en un momento sacó un arma corto punzante con la que lo agredió, ocasionándole dos heridas en la región anterior del torax, en el lado izquierdo, éste corrió un par de metros y cayó, instante en que nuevamente su agresor lo apuñaló, propinándole tres heridas corto punzantes en la región posterior del torax, en esas condiciones la víctima nuevamente se levantó y metros mas allá, a la altura de un poste, se desplomó quedando en el lugar.**

Proposición que se acredita con los dichos de **Leandro Mansilla Huicha**, que siguiendo la hilación de lo declarado anteriormente señalo en lo pertinente, que el fallecido y el Kimba se agarraron y se fueron acercando al cerco del cementerio, que está al frente de la sede, hasta quedar "sobre encima" de un auto. Que en esa dinámica, no sabe con que fue, pero lo apuñaló, como dos veces en el estómago, y allí lo soltó, circunstancia en que la víctima, corre a defender a su padre y primo que estaban cerca, trayecto en el que "se pasó a caer", lo que aprovechó el Kimba para pegarle tres puñaladas en la espalda. No obstante ello, se vuelve a levantar para caer finalmente cerca de un poste de luz. Posteriormente indicaría que la secuencia de la agresión fue de una puñalada en el estómago, una en el pecho y tres en la espalda. En el mismo sentido declaró **Joceline Macarena Barria Godoy** quien declaró en lo pertinente que, en esas circunstancias ella salió con su prima, y al medio de la calle "se armó la pelea". Observó entonces como "Araña" peleaba con Juan Claudio, momentos en los que llega "El Kimba" y "le pega un combo", saca un cuchillo y se lo entierra en la parte de abajo del estómago. Sostiene que el cuchillo lo tenía en la mano

derecha y en la otra tenía otra cosa que no sabe que es. Indica que "El Kimba" le pegó tres veces en la espalda, y que el occiso salió corriendo con una zapatilla en la mano. Precizando que la agresión la recibió en el estómago lado izquierdo, en la parte del pecho y tres en la espalda. Lo anterior resulta especialmente revelante porque se ve refrendado por lo declarado por el **médico legista Juan Claudio Ojeda Andrade** que realizó la autopsia a la víctima, el que depuso que en el examen externo destacaba la presencia de **cinco lesiones** realizadas por arma blanca, ubicadas tres en la región posterior del tórax y dos en la región anterior del tórax, específicamente en el lado izquierdo. Que en **parte anterior del tórax** tenía **dos** lesiones por herida corto punzante, **una lesión precordial cerca del corazón**, que provocó lesión en pared torácico y de la musculatura, no fue penetrante, y otra **lesión supraclavicular izquierda con una profundidad de diez centímetros** que tiene un recorrido de arriba hacia abajo y desde el exterior a la zona media, esa es una penetrante torácico, que fue capaz de provocar el sangrado en los vasos que se encuentran debajo de la clavícula y de los nacidos inmediatamente arriba del corazón, la lesión de esos vasos fueron los capaces de provocaron el hemotórax izquierdo y el hemomediastino. La impresión que tiene por el sangrado es que estas fueron las primeras lesiones que sufrió la víctima, ello lo dice por el nivel de sangrado y la dirección. En la **parte posterior del tórax** identificó **tres lesiones por arma blanca, dos ubicadas en el hemitorax posterior izquierdo, una en hombro izquierdo** que no fue penetrante y **la otra subescapular izquierda** no penetrante y **una en el hemitorax posterior derecho, que es subescapular penetrante**, esta fue capaz de provocar lesiones de los vasos intercostales con un sangrado de 300cc. Lo último que destaca es la lesión de estos vasos cuando existe un sangrado bien importante es capaz de provocar el mismo volumen de sangre que el sangrado del otro lado, lo que lo lleva a concluir que esta lesión fue posterior, o sea, cuando ya existía un sangrado muy importante presente en el lado izquierdo y probablemente hacia el exterior, se concluye así considerando el poco infiltrado, el poco sangrado de los tejidos periféricos, quiere decir que la sangre existente era bastante escasa. *Concluyendo que la muerte fue por anemia aguda severa y es considerada por la presencia de aproximadamente tres*

*litros de sangre en cavidades, mas lo que pudo haber perdido en el sitio del suceso y además porque en el resto de los órganos había muy poca cantidad de sangre. Las lesiones son de carácter homicida, a pesar de la ayuda que se le prestó, además señala que con el resultado de la alcoholemia, que fue 4,67 gramos por mil de alcohol en la sangre, al momento de ser agredido la persona estaba en manifiesto ebriedad.*

El Ministerio público contextualiza la declaración del perito, **exhibiéndole** por sistema de data show, el esquema de lesiones como también las fotografías de la autopsia, impresión visual, en la que el deponente, logra situar la ubicación de las lesiones que presentaba el occiso y que ha referido en audiencia, relato circunstanciado que fue advertido a la vez por los sentenciadores. Que asimismo, los demás testigos coinciden en situar al acusado en el lugar y circunstancias que rodearon la agresión a la víctima, así el testigo **Juan Paillán Mansilla**, quien expuso en lo atinente que vio que un tipo le dio unos golpes a Juan Claudio en el pecho, ahí Juan Claudio corrió y de repente cayó de frente, se desplomó. Después de eso él junto con don Juan (el papá de Juan Claudio) se acercaron y vieron que Juan Claudio sangraba mucho por el estómago y en el pecho también, en eso él se apartó. Asimismo, **Jessica Ñancul Guechatureo**, manifestó que en ese momento siguió avanzando hacia el auto de don Juan cuando sintió un botellazo, en eso miró hacia atrás, venía Juan Claudio como trotando avanzando hacia a ellos, cuando cae, van hacia él, lo dan vuelta, dándose cuenta que estaba herido en el cuerpo, en la parte del pecho, en el estómago, que tenía mucha sangre en la cara, donde lo habían golpeado con una botella. De **Nayarett Mansilla Huicha**, en cuanto expuso que afuera del local estaba el Kimba con Juan Claudio, luego estaban peleando con golpes, el Kimba hace un movimiento como que baja el brazo, no sabe si fue debajo de la manga o del bolsillo saca un arma y con eso le pega a Juan Claudio en el pecho, luego Juan Claudio empieza a bajar el ritmo de los golpes, él fue a defender a su papá y luego en eso cae frente a un poste, que está al lado de la sede en una esquina. Siguiendo con su relato dice que de ahí ella entro por la puerta principal de la sede para avisar que habían apuñalado a un niño para que llamaran a una ambulancia. Le dijeron que no se preocupara porque había sido fuera de la sede y

que no era de su incumbencia. No la dejaron volver a salir, pasaron como diez minutos y como se descuidaron se escabulló por la puerta de atrás de la sede, por la cocina. Ahí vio que había otro joven tirado al lado de Juan Claudio. De **Carlos Ojeda Zuñiga**, quien siguiendo con su declaración, en lo pertinente expuso que después llegó Juan Carlos Naguelquin, empezaron a pelear el papá con el José Luis y el Juan Claudio con Juan Carlos. De repente cuando él estaba en la entrada de la puerta pasa Juan Claudio corriendo con una zapatilla en su mano, venía de donde estaba discutiendo con Juan Carlos, llegó donde su mamá y se desplomó, ahí se dio cuenta que se puso a sangrar de la boca y el pecho. En el mismo sentido lo relatado por **Nora Aguilar Reyes y Yasna Ojeda Aguilar** en cuanto reconocen que el acusado peleó con la víctima y lo apuñalo.

El Ministerio público contextualiza las declaraciones de los testigos, **exhibiéndoles** por sistema de data show, **la foto N°1** del set de 9 fotografías signada con el numeral 1 de la letra E del auto de apertura, ya incorporada a juicio, impresión visual, en la que los deponentes, logran situar la ubicación de los intervinientes, como las que cada uno de ellos tenía para poder haber observado los acontecimientos, como asimismo la dinámica total y secuencial, que han referido en audiencia, relato circunstanciado que fue advertido a la vez por los sentenciadores. Del mismo modo, los testigos a su vez, y a instancia de la fiscalía, **reconocen a Juan Carlos Hernández Naguelquin**, como el sujeto que en la oportunidad agredió al occiso, en los términos que lo señalaron. Del perito fotógrafo **Rodrigo Azócar Valenzuela** quien explicó en la audiencia su informe fotográfico N° 170-2004 conteniendo el total de 9 fijaciones referidas al sitio del suceso y evidencias recogidas. A su vez, el perito dibujante y planimetrista de la Policía de Investigaciones de Chile **Eduardo Pérez Vásquez**, explicando su informe planimétrico N° 169-2004, referido al sitio del suceso, con sus respectivas medidas y cotas. Del funcionario policial **Juan Ramos Intiman**, quien concurrió al sitio del suceso y efectuó un empadronamiento de testigos, quienes manifestaron que se había hecho un beneficio y alrededor de las 5:00 horas se produjo una pelea, hubo un muerto y tres lesionados, consultando por los autores de las agresiones se llegó a los apodos "los Kimba", se obtuvo los apellidos Hernández Naguelquin y a través del

Gabinete de Identificación se logró la identificación completa de ellos, agregando que participó en la detención de ambos, al igual que lo declarado por el funcionario policial **Marcelo Muñoz Sandoval**; **unido a los otros medios de prueba** correspondiente a set fotográfico incorporado al juicio, y a la evidencia material incorporada en la audiencia registrada con los **N°1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8**.

Asimismo, los testigos de la defensa esto es, la conviviente del acusado **Paula Andrea Millán Torres y Patricio Giovanni Araya**, en cuanto refirieron en sus relatos que Juan Carlos Hernández Naguelquin apuñaló al occiso en el momento y lugar, declarado por los testigos señalados precedentemente, añadiéndole circunstancias que lo exculparían las que serán analizadas en su oportunidad.

**3) Que las lesiones corto punzantes ocasionadas a Juan Claudio Ojeda Andrade le provocaron una anemia aguda severa que posteriormente le causó la muerte;**

Lo que resulta acreditado con los dichos de los testigos ya referidos y del perito **médico legista Juan Claudio Ojeda Andrade**, quien declaró en cuanto a las lesiones que eran de carácter homicida, que la causa de muerte fue anemia severa aguda y que a pesar de la ayuda que se le prestó la persona falleció; y con la **convención probatoria** contenida en el punto 3 del motivo quinto del auto de apertura respectivo, que da cuenta del Certificado de Defunción de Juan Claudio Ojeda Andrade.

**OCTAVO: Valoración de los medios de prueba.**

Que se ha dado crédito a lo afirmado por los señalados testigos por impresionar a este Tribunal como veraces, creíbles, en lo esencial, concordantes en sus declaraciones, dado que sus expresiones han sido formuladas por personas capaces de percibir con sus propios sentidos -ya sea porque los apreciaron directamente o los escucharon de terceros, caso en el cual resultaron concordantes con aquellos- los hechos sobre los que declaran, legalmente interrogados y contra examinados, sin que sus relatos contraríen las normas de la lógica, máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados. Lo que ha sido apreciado por estos sentenciadores de manera particular, conjunta y comparativamente, en especial los testimonios de quienes observaron toda la agresión de la que fue víctima el occiso, como fueron los testigos Leandro Mansilla Huicha y Jocelin Barría Godoy, considerando sus respectivas versiones y que no todos

podieron apreciar completamente y en su conjunto -si no fuese así en esa hipótesis se dudaría de su credibilidad- sino tan sólo de modo parcial, según el particular punto de visión y de las facultades cognitivas y sensoriales de cada observador, resultan en general coincidentes en los puntos esenciales del hecho. Estas coincidencias se refieren al lugar, circunstancias previas a la agresión, a la forma como se produjo. Así todos los testigos están contestes en la persona del agresor y en el lugar en donde agredió a la víctima, unos relatando con golpes en el pecho, otros además con puñaladas en la espalda, lo que viene a reafirmar lo ya dicho en cuanto a que los testigos percibieron los hechos desde distintas posiciones, unos desde la puerta del local de la sede como Leandro Manisilla Huciha, otros desde muy cerca como Nora Aguilar Reyes, quien estaba al lado de su hijo, otros que escucharon un botellazo como Juan Paillán Mansilla, y Jessica Nancul Guechatireo, otros al salir de la sede como Nayarett Mansilla Huicha. Lo dudoso sería que los testigos presenciales estuvieran contestes en todas o la mayoría de las circunstancias que rodearon la agresión. A su vez, lo expresado por el perito médico legista **Claudio Cifuentes**, cuyas declaraciones, además, aparecen creíbles por haber sido formuladas por persona con conocimientos especiales, en la ciencia que detenta, y además, en cuanto a la naturaleza de las heridas y causa de muerte. Por otra parte, lo declarado por los peritos fotógrafo **Rodrigo Azócar Valenzuela** y planimétrico **Eduardo Pérez Vásquez**, los que depusieron sobre los Informes Fotográficos e Informes Planimétricos respectivamente, reconocidos en la audiencia por sus otorgantes, en relación descripción del sitio del suceso, porque fueron debidamente exhibidos por el sistema de data show, lo que permitió una correcta percepción por los jueces y asistentes a la audiencia. Otro tanto acontece con la evidencia material registrada con los **N°1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8**, **unido a los otros medios de prueba** correspondiente a set fotográfico incorporado al juicio y que dan cuenta del sitio del suceso.

Circunstancia que se vio corroborada por los testimonios presentados por la defensa, esto es, la conviviente del acusado **Paula Andrea Millán Torres y Patricio Giovanni Araya**, en cuanto refirieron en sus relatos que Juan Carlos Hernández Naguelquin apuñaló al occiso en el momento y lugar declarado por los testigos señalados precedentemente. Lo que

también fue confirmado en el mismo sentido por el testigo **Cristián Barrientos Muñoz**.

**NOVENO: Calificación jurídica de los hechos acreditados y participación.** Que los hechos descritos en las proposiciones fácticas N°s 2 y 3 del considerando séptimo configuran un delito de homicidio, en el que le ha correspondido al acusado Juan Carlos Hernández Naguelquin una participación culpable de autor por haber intervenido en el hecho de una manera inmediata y directa. Toda vez que se dan cada uno de los presupuestos de dicha figura penal, la que bajo el concepto de “el que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior.....” el que requiere, como elementos objetivos: a) un comportamiento humano dirigido por la voluntad con miras a un fin, que se tradujo en cinco lesiones realizadas por arma blanca, ubicadas tres en la región posterior del tórax y dos en la región anterior del tórax que le provocaron la muerte por anemia aguda severa; b) un resultado, cual es la muerte de la víctima; y c) un nexo causal entre la conducta y el resultado. Además, como elemento subjetivo, requiere dolo, ya sea directo o eventual, lo que se acredita con lo expresado por el médico legista, quien, refirió que en esa lesión hubo acción de terceros, en base a la violencia y magnitud de la misma. Por lo que, los hechos establecidos precedentemente y contenidos en la acusación, configuran el delito de homicidio simple, en grado de consumado, en la persona de Juan Claudio Ojeda Andrade que previene y sanciona el artículo 391 N° 2 del Código Penal, perpetrado el día 25 de enero de 2004, en la comuna de Castro.

#### **HOMICIDIO FRUSTRADO EN LA PERSONA DE FRANCISCO MADRID OJEDA.**

**DÉCIMO: Hechos acreditados.** Que el Tribunal apreciando la prueba libremente y sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, tiene por acreditado, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos y circunstancias:

**4)** Que en las circunstancias descritas en la proposición fáctica N° 2, Francisco Leopoldo del Carmen Madrid Ojeda, primo de Juan Claudio Ojeda Andrade y Juan Aníbal Ojeda Bahamondez, padre de la víctima, se acercaron para auxiliarlo, se agacharon para tomarlo, momento en el que José Luis Hernández Naguelquin, atacó con un arma cortante por la espalda a Francisco Madrid Ojeda, propi-

nándole diversas puñaladas en los hombros, en la región cervical derecha y una herida penetrante en la región subescapular izquierda, herida que le provocó un hemoneumotorax, lesión de tipo homicida que pudo haberle provocado la muerte de no mediar socorros oportunos;

Lo que se prueba con los dichos de **Francisco Madrid Ojeda**, en lo pertinente expuso que al salir del local se quedaron con Juan Claudio más atrás, se separaron dos o tres metros, escuchó “lo mataron”, se dio vuelta al lado de su primo, le dieron un golpe en la ceja, sangraba bastante, perdió el sentido de la ubicación, giró sobre sí buscando a su primo, lo vio, también a su prima y tía gritando hacia atrás, a su hermano que estaba en el vehículo, él le levantó la polera y vio que le salía sangre no sabe de donde porque era mucha, sentía voces y despertó en el pabellón cuando le abrían las costillas para colocar un tubo. No vio quien lo agredió, el golpe en la ceja le borró la visión, se mareó y las pocas cosas que vio lo hizo con el lado que no estaba sangrando. Tiene cortes en el sector del cuello, hombro, costado y paleta izquierda. Respecto de la herida en la paleta muestra el lugar en que se produjo, esa herida motivó su intervención quirúrgica, produjo una sensación de vacío que atrajo la sangre al pulmón. De **Yasna Ojeda Aguilar**, exponiendo que una vez que fue a buscar a su papá, volvió al lugar, ahí vio a su hermano que iba como corriendo, que cayó al suelo, el papá se atravesó y le llegó un botellazo, no lo tomó en cuenta, se arrodilló para dar vuelta a Juan Claudio que había caído boca abajo, al rato llegó Francisco, da como una vuelta y se agacha a ver donde tenía Juan Claudio las heridas y **ahí saltó un chico con gorro y ropa oscura que empezó a apuñalar a Francisco**, ella lo vio por la pura espalda. De **Blanca Aguilar Reyes**, quien expuso en lo pertinente que su marido fue donde estaba botado su hijo, lo tomó, lo trató de ayudar, después llegó su sobrino Francisco, tratando de ayudarlo, entonces se acercó un joven y le dio puñaladas a Francisco, su marido trataba de darlo vuelta porque estaba boca abajo, lo dio vuelta y lo puso como sentado junto a él, su hijo estaba sangrando del pecho, el estómago, de todas partes, va Francisco a taparlo para que no le salga tanto la sangre, ella estaba choqueada, entonces el niño le da cinco puñaladas a Francisco, *en eso a ella la sacaron*, la sentaron en la vereda. Agrega, que respecto de las puñaladas a Francisco, la primera fue en el pecho, otras

en la parte de la espalda y en el cuello. Juan Claudio y Francisco fueron agredidos con un cuchillo y ellos no tenían nada. *Agregando que al que le dicen “El Araña” fue quien agredió a Francisco, en eso a ella la sacaron.* De **Leandro Mansilla Huicha**, en cuanto afirma que el día de los hechos, después que el “Kimba” hiriera a Juan Claudio, pudo observar, que “El Araña” con “Marquiño” comenzaron a tirar piedras, momento en el que el primo de Juan Claudio (Francisco Madrid Ojeda), se tira encima de él para cubrirlo y evitar de esta forma, que le llegaran las piedras, circunstancia que aprovechó “El Araña” para ponerle dos o tres puñaladas por la espalda, heridas que luego de unos segundos, provocan que el lesionado, quede tendido al lado del occiso, mientras los agresores seguían tirando piedras. Asimismo, de **Juan Paillán Mansilla**, quien expuso que después de eso don Juan se acercó con él, vieron que Juan Claudio sangraba mucho por el estómago y en el pecho también, se apartó y un tipo que andaba con un cuchillo, cortó a Francisco en la espalda, quien también estaba viendo a Juan Claudio, ahí él corrió a protegerse. Después junto con su polola se retiraron colocándose detrás del poste para resguardarse, porque empezaron a tirar piedras. **Jessica Ñancul**, en lo pertinente expuso que después de la agresión a Juan Claudio se acercó su primo Francisco, más tarde su papá don Juan Ojeda que estaba en el auto al frente. Cuando Francisco fue a ver que era lo que pasaba trató de ayudarlo, estaba agachado se acercó un sujeto joven, delgado, que vestía ropas oscura lo apuñalado le pegó hartos golpes en la espalda, queda inconsciente al lado de Juan Claudio. De la **médico Susana Echeverría**, quién expuso que el día de los hechos estaba de turno en el Hospital de Castro e ingresó Francisco Madrid Ojeda **con múltiples heridas corto penetrantes, cinco en total, con dificultad respiratoria y dolor torácico** por lo que lo procedió a examinar, que consistió en ver en que consistía su dolor y por que la dificultad para respirar, lo examinó, tenía herida cortante en la ceja derecha, en el cuello lado derecho, una en el hombro izquierdo, una supraescapular izquierda y una escapular izquierda. Esta última era profunda, al examinarla esta atravesaba la pared torácico, al auscultar con el fonendo se percató que no tenía ruidos pulmonares al lado izquierdo, por lo que al no contar el Hospital a esa hora con radiografía le hizo una punción pleural, que consiste en utilizar

una granula, especie de aguja, con la cual atraviesa la pared torácico, que era para ver si el contenido que tenía era aire (por rotura del pulmón) o sangre (por compromiso de alguna de las arterias), saliendo ambas cosas por la granula, lo que se llama un neumohemotorax. Lo hizo para descomprimir el neumohemotorax, lo que sucede es que estos casos es que la sangre o el aire empieza a comprimir el pulmón, llegando incluso a dejar que no se vea en la radiografía y no hay expansividad pulmonar, dejando una dificultad respiratoria progresiva que le puede ocasionar un paro respiratorio o en el caso que haya habido un sangramiento de un vaso había que diagnosticarlo en forma rápida porque puede ser una causa de fallecimiento en el caso que sea una anemia severa. Las lesiones que presentaba el lesionado eran corto punzantes, eran netas, profundas que penetraban en las cavidades. *Las lesiones de Francisco Madrid Ojeda eran graves por ser penetrantes de carácter homicida, ello por la localización que tenían el número de las mismas, penetraron una cavidad del organismo que puede producir hemotórax o un neumotorax. Tenía una herida dorsal escapular que penetró el pulmón, sin no recibe atención médica el paciente podría haber muerto, ya sea por un paro cardiorespiratorio o una anemia grave severa.* Del **médico Omar Vejar Cid**, expuso que normalmente la entrega de turno en el Hospital de Castro se realiza a la primera entrada del equipo quirúrgico o turnante, la última semana del mes de enero estaba la doctora Susana Echeverría, a la entrega de turno le corresponde hacerse responsable de la parte de adulto, cirugía y cuidados especiales, la doctora refiere que pacientes ingresaron en la madrugada con pacientes críticos que estaban en la unidad de cuidados especiales, ahí estaba Juan Ojeda Bahamondez, con fractura parietal izquierda deprimida, escala de Glasgow de alrededor de 8 y Francisco Madrid con heridas torácicos penetrantes cortantes, 3 o 4 heridas. Respecto de Francisco Madrid Ojeda, revisó las lesiones, eran lesiones producidas por arma blanca localizadas en el cuello, la espalda y el tórax, el examen radiográfico describió un colapso al pulmón, tenía sangre y aire, se le deriva tratamiento quirúrgico, se le hizo un drenaje pleural para evacuar sangre y aire del pulmón para evaluarlo posteriormente para ver si no tiene otro compromiso neurológico, ya que la lesión se provocó en una zona de extrema gravedad por la zona, si no recibe atención, se compro-

mete del punto de vista respiratorio, puede provocar compresión de la vena cava, produce arritmia y puede tener un paro cardiorrespiratorio. Lo que se produce es un colapso del pulmón, normalmente tenemos una cavidad torácica que actúa a presiones negativas con respecto al aire, al producirse una lesión penetrante, el cambio de presión hace que la presión positiva ingrese aire la zona del pulmón se colapsa se apriete, hay que vaciar el aire, se pueda expandir el pulmón y funcione la mecánica respiratoria. El pulmón puede alojar entre 3 a 5 litros de sangre cuando son hemotórax masivos, en este caso el paciente está en shock y puede producir la muerte sino recibe transfusión o volumen, la cavidad pleural puede arrojar una cantidad enorme de líquido, sangre y aire. En el caso de Francisco Madrid Ojeda, se encontró aproximadamente entre 600 a 800 entre líquido, sangre y aire. Se pone el tubo al pulmón para evaluar si se requiere otro procedimiento quirúrgico abriendo el tórax completamente y reparar el pulmón, operación más complicada, difícil de realizar y con equipo quirúrgico de alta capacidad. Asimismo, expuso que en el caso de Francisco Madrid Ojeda, pudo producir de acuerdo a la evolución y tipo de lesión, un colapso respiratorio o circulatorio, haciendo necesario un equipo quirúrgico médico de mayor complejidad. Lo que ellos evalúan son lesiones potencialmente fatales, que pueden provocar la muerte si no reciben atención, o el lugar adecuado para atenderlos, los instrumentos o el equipo que los recibe. Si no lo hubiese operado probablemente tendría mayores secuelas u otras condiciones ya que ese tipo de herida su evolución es compleja y el compromiso vital se produce con el transcurso de las horas, son lesiones poco reparables, si no lo hubiesen llevado al hospital lo más probable es que falleciera. Del **médico legista Claudio Cifuentes Vargas**, refiere que fue la persona que primero auxilió a la víctima fue agredido por la espalda con arma blanca por terceros. En ese examen destacaba la presencia de tres heridas cortas punzantes, una en hombro derecho, otra en hombro izquierdo y otra en región subescapular izquierda, la cual era penetrante y una herida cortante cervical derecha. Estas lesiones son catalogadas de mediana gravedad, tiempo de recuperación 20 días y en el caso que no se hubiese prestado ayuda médica oportuna le hubiera provocado la muerte. Determinó que eran de carácter homicida fundamentalmente por la presencia de las

lesiones con arma blanca dirigidas en la región posterior de tórax, que fueron hechas por la espalda, una de ellas penetrante torácica que es la comunicación del interior con el exterior del tórax, la cual provocó sangrado por lesión de la arteria y la vena intercostal, que son vasos de alto flujo que un sangrado. Le da el carácter de homicida por la ubicación de la lesión, la fuerza o energía que puede observar en la lesión, el movimiento del arma y lesión que es capaz de provocar, sin duda hay ubicaciones más evidentes que otras, en el caso particular del lesionado la herida penetrante en región subescapular izquierda fue la que provocó el hemoneumotorax que necesitó una operación quirúrgica. Además, agrega que una sola lesión requirió intervención quirúrgica. Había una lesión cortante cervical derecho, no penetrante, no corto punzante. Por otra parte, lo declarado por los peritos fotógrafo **Rodrigo Azócar Valenzuela** y planimétrico **Eduardo Pérez Vásquez**, los que depusieron sobre los Informes Fotográficos e Informes Planimétricos respectivamente, reconocidos en la audiencia por sus otorgantes, en relación descripción del sitio del suceso, porque fueron debidamente exhibidos por el sistema de data show, lo que permitió una correcta percepción por los jueces y asistentes a la audiencia; **unido a los otros medios de prueba** correspondiente a set fotográfico incorporado al juicio y que dan cuenta del sitio del suceso. **UNDÉCIMO: Valoración de los medios de prueba.** Que se ha dado crédito a lo afirmado por los señalados testigos por impresionar a este Tribunal como veraces, creíbles, en lo esencial, concordantes en sus declaraciones, dado que sus expresiones han sido formuladas por personas capaces de percibir con sus propios sentidos -ya sea porque los apreciaron directamente o los escucharon de terceros, caso en el cual resultaron concordantes con aquellos- los hechos sobre los que declaran, legalmente interrogados y contra examinados, sin que sus relatos contraríen las normas de la lógica, máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados. Que amén de resultar los relatos, en sí mismos apegados a la lógica y reglas de la experiencia, estas exposiciones se ven refrendadas desde el punto de vista de la técnica. No es otra conclusión la que deviene, si se les contrasta con lo expresado por el perito médico legista **Claudio Cifuentes**, cuyas declaraciones, además, aparecen creíbles por haber sido formula-

das por persona con conocimientos especiales, en la ciencia que detenta, y además, coinciden con lo expuesto por **el médico de turno del Hospital Base de Castro Susana Echeverría Muñoz**, quien realizó las medidas de salvataje a la víctima, llegando a las mismas conclusiones dadas por el legista, en cuanto a la naturaleza de la herida mortal, como asimismo **del médico Omar Vejar Cid** que intervino quirúrgicamente al ofendido. *Concordando los tres médicos en forma clara y categórica en cuanto al carácter homicida de las lesiones inferidas a Francisco Ojeda Madrid, ello por localización que tenían las lesiones, el número de las mismas, que penetraron una cavidad del organismo que puede producir un hemotórax o un neumotorax o ambos, la fuerza o energía y los órganos que dañaron.* Asimismo, las pericias fotográfica y planimétrica, que a través de las declaraciones de los peritos Claudio Vásquez Obrador y Eduardo Pérez Vasquez, fue posible advertir en juicio, ya que ellas permitieron, constatar la total posibilidad de los testigos de haber observado lo que señalan haber visto, desde las ubicaciones que fueron reproducidos por los fotogramas y plano exhibidos en audiencia. **Unido a los otros medios de prueba** correspondiente a set fotográfico incorporado al juicio y que dan cuenta del sitio del suceso.

**DUODÉCIMO: Calificación jurídica de los hechos acreditados y participación.** Que los hechos acreditados en la proposición fáctica N° 4 del considerando décimo tipifican el delito de homicidio en grado de frustrado de Francisco Leopoldo del Carmen Madrid Ojeda, descrito y sancionado en el artículo 391 N° 2 del Código Penal en relación con el artículo 7 del citado texto legal, ilícito en el que a José Luis Hernández Naguelquín le ha correspondido una participación culpable en calidad de autor.

En efecto, el acusado no pudo menos que representarse que al agredir con una arma corto punzante a la víctima en una acción de multiplicidad de agresiones, en especial la inferida en la zona subescapular izquierda, le estaba provocando una lesión potencialmente letal, ello en atención a la característica *penetrante* de la misma, unido al hecho que fue en una zona que contiene órganos del cuerpo extremadamente vitales, por lo que el acusado no podía menos que prever que el hecho de inferirlas le podrían provocar la muerte al ofendido, la que no se produjo por factores ajenos a la volun-

tad del autor, merced a que el herido recibió oportunamente atención médica especializada.

Se razona de este modo y por tanto se disiente de lo sostenido por la defensa, en cuanto a que en el delito frustrado necesariamente se requeriría dolo directo. En este punto tanto el autor Mario Garrido Montt en su obra Derecho Penal, parte general Tomo II, página 269 y como los autores Sergio Polotoff Lifschitz y otros en su obra Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I, pág. 81 a 83 sostienen que *no se divisa obstáculo alguno para la existencia de tentativa o frustración con dolo eventual.* Por lo demás la Excm. Corte Suprema ha fallado en el mismo sentido en causa Rol N° 4848-02.

Que conforme lo concluido precedentemente y ha diferencia de lo que sostiene el Ministerio Público en este juicio, no se acreditó con las pruebas rendidas, la participación del acusado Juan Carlos Hernández Naguelquín en el delito de homicidio frustrado de Francisco Madrid Ojeda.

En efecto conforme a los relatos de los testigos que depusieron en la audiencia de juicio oral, en cuanto que solo fue una la persona quien hirió con arma blanca al ofendido Francisco Madrid Ojeda, así lo dijeron entre otros Blanca Aguilar Reyes, Leandro Mansilla Huicha, Yasna Ojeda Aguilar, Juan Mansilla Paillán, Jessica Nancul Guechatureo, en cuanto a que una persona se acercó por la espalda de la víctima y lo agredió, *reconociendo en audiencia que dicha persona fue el acusado José Luis Hernández Naguelquín*, lo que se vio refrendado por lo declarado por los médicos que atendieron al lesionado en cuanto a la ubicación de las lesiones. Que si bien los testigos Víctor Guirquel Oyarzo y Luis Montiel Vargas refieren que habría sido el otro acusado quien apuñaló a Francisco Madrid Ojeda, el Tribunal estima que por la dinámica de los acontecimientos y el hecho que estos últimos no vieron toda la secuencia del incidente, toda vez que al momento de las agresiones se encontraban aún dentro de la sede deportiva, y los primeros estuvieron en todo momento fuera de la sede, parece más creíble su versión de los hechos.

Que para obtener una sentencia condenatoria el Ministerio Público debe aportar al juicio material probatorio suficiente para acreditar la participación culpable y penada por la ley del acusado Juan Carlos Hernández Naguelquín en el hecho punible que se ha dado por probado, tal como lo exige el artículo 340 del Código Procesal Penal, lo que no ha acon-

tecido en el presente caso, de manera que resulta forzoso concluir en dictar sentencia absolutoria a favor del acusado Juan Carlos Hernández Naguelquin.

### **LESIONES GRAVES EN LA PERSONA DE JUAN ANÍBAL OJEDA BAHAMONDEZ.**

**DÉCIMO TERCERO: Hechos acreditados.** Que el Tribunal apreciando la prueba libremente y sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, tiene por acreditado, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos y circunstancias:

**5) Que una vez acaecido lo anterior, el acusado José Luis Hernández Naguelquin agredió con un arma corto punzante en la región dorsal y con una piedra en la cabeza a Juan Aníbal Ojeda Bahamondez ocasionándole una fractura parietal izquierda que le produjo un traumatismo encéfalo craneano, lesiones consideradas como de carácter grave.**

Proposición fáctica que se acredita con las declaraciones de **Leandro Mansilla Huicha**, en cuanto afirma que el día de los hechos, y en circunstancias que se encontraban ya heridos, Juan Claudio y su primo, ambas tendidos en el suelo, y el padre del occiso se ubicaba junto a ellos con el fin de ayudarlos, *“El araña” le tiró una puñalada cerca del hombro, una sola, entonces el papá se sacó la camisa, pudiendo verle el corte, que era mas o menos grande, momento en que el papá le tiró un pedrazo a “Kimba”, pegándole en la frente, y el Kimba cayó y se paró, arrancándose a la calle Arturo Prat con “Marquiño”. Que “El Araña” quedó solo, y mientras estaban los dos tirados, un amigo de nombre Genaro le fue a tomar el pulso a Juan Claudio, y el araña le pegó una patada, lo que lo asustó saliendo de allí. Después “El Araña” gritaba, dirigiéndose a todos los demás que estaban en el lugar”: ¡Uds lo mataron, Uds lo mataron!, y después arrancó.* De **Joceline Macarena Barría Godoy**, en cuanto afirma que después que ya se encontraba herido Juan Claudio, y su padre lo estaba cubriendo, no sabe quien le tiró una piedra, la pedrada le llegó en la cabeza, comenzando a sangrar, que también logró ver “Al Araña”, que le pegó en la espalda al papá de Juan Claudio, en “una zona donde empieza la columna”, que ambas lesiones las logró ver perfectamente. El Ministerio público contextualiza las declaraciones de los testigos, **exhibiéndole** por sistema de data

show, **la foto N°1** del set de 9 fotografías signada con el numeral 1 de la letra E del auto de apertura, ya incorporada a juicio, impresión visual, en la que los deponentes, logran situar la ubicación de los intervinientes, como asimismo, lo que ellos tenían para poder haber observado los acontecimientos, como la dinámica total y secuencial, que han referido en audiencia, relato circunstanciado que fue advertido a la vez por los sentenciadores. Del mismo modo, los testigos, a instancia de la fiscalía, **reconocen a José Luis Hernández Naguelquin**, como el sujeto que en la oportunidad agredió a Juan Ojeda Bahamondez, en los términos que han precisado en sus exposiciones, a quien ellos conocen con el apodo de “El Araña”. De **Yasna Ojeda Aguilar** quien expuso que al papá le pegaron una pedrada en la cabeza, se lo pegó el mismo chico que estaba apuñalando a Francisco, ella lo vio porque estaba al lado del papá, alguien fue a buscar a su primo Jorge. De **Luis Montiel Vargas**, **Victor Guirquel Oyarzo**, de **Carlos Ojeda Zuñiga**, quienes están contestes en que el acusado José Luis Hernández Naguelquin tiró piedras al lugar en donde se encontraban las víctimas y que vieron que Juan Aníbal Ojeda Bahamondez estaba lesionado con una herida en la cabeza y en la espalda. De **el médico Susana Echeverría Muñoz** quien expuso que ese día cerca de las 7:30 horas un paramédico la llama para examinar a otro paciente un tanto extraño, lo fue a ver estaba con parálisis facial, no sentía su lado derecho, con mucha cefalea y padecía un poco de distarí, con dificultad para hablar, le informan que era el padre de la persona que falleció y que al parecer recibió un golpe en la cabeza en el hecho. En ese momento lo examinó y diagnosticó un probable hematoma, el paciente ya estaba suturado, no le vio la herida, porque lo atendió otra colega y lo dejó esperando tomarle una radiografía, ingresándolo a la UCI dejando al doctor Vejar. Ese mismo día recibió el turno a las 20:00 horas, ahí supo que el paciente fue derivado a Puerto Montt grave en un Glasgow 3, que tenía altas probabilidades de fallecer, que tenía un hematoma extradural, esto es, un hematoma, que es una colección de sangre entre el cráneo y una membrana que cubre el cerebro producto de la rotura de un vaso sanguíneo, a medida que va sangrando este vaso, va aumentando el volumen del hematoma y va comprimiendo el cerebro, lo que provoca un estado de gravedad del paciente que puede llegar a herniar el cerebro, sa-

lir del cráneo y producir un paro respiratorio si es que no se maneja rápido. Del médico **Omar Vejar Cid**, quien expuso que respecto de Juan Ojeda el paciente presentando una lesión de tipo neurológica, el compromiso vital era evidente, potencial y mortal si no recibía la atención adecuada, el compromiso neurológico fue mayor en una hora o media hora por lo que hubo que decidir el traslado urgente a la ciudad de Puerto Montt, localizaron y consiguieron una avioneta, el traslado dura unos 35 minutos. A la salida el paciente tenía un índice de gravedad de alrededor de Glasgow 6, estaba en coma, por lo que el traslado e intervención quirúrgica debía ser muy rápido para salvarle la vida. *Por la ubicación de la lesión, la gravedad se sugiere o cree que es producida por un impacto directo de alta potencia, a corta distancia. Es imposible que sea producida por accidente de tránsito por sus características, normalmente los pacientes accidentados tiene politraumatismos distintos, policontusos, con polifracturas a nivel de piernas, brazos, además de eso presentan lesiones cráneo faciales o lesiones neurológicas que comprometen la vida, tienen una sobrevida muy escasa y tienen lesiones en otras partes del cuerpo, pleurales, contusiones hepáticas, laceraciones de órganos macizos y fracturas en extremidades*, considera que la lesión que sufrió el paciente es directa, contundente con un objeto que potencialmente le puede provocar la muerte si no recibe la atención necesaria. Del **médico neurocirujano Rodrigo Zapata Barra**, quien expuso que el día de los hechos, un poco antes de las 3 de la tarde evaluó al enfermo, presentaba heridas ya suturadas en la región temporo parietal izquierda del cráneo, su condición que se caracterizaba por un profundo compromiso neurológico. En medicina existe escala para medir cuantitativamente el compromiso de conciencia posterior a un traumatismo de cráneo que se denomina como escala de coma de Glasgow que va de un máximo de quince a un mínimo de tres, evalúa aspectos como la apertura ocular, la respuesta verbal y la motora. Lo normal es de quince, en tres el paciente no emite ninguna respuesta ni de apertura ocular ni movimiento ni respuesta verbal, incluso a un estímulo doloroso. El paciente tenía un puntaje de cuatro, al aplicar un estímulo doloroso el paciente no es capaz de abrir los ojos, de emitir lenguaje alguno y solo realiza un movimiento motor reflejo que se llama descerebración, que es una extensión de las extremidades, lo que significa un daño profundo y severo a las estructuras

cerebrales, pero no del tronco encefálico. En el caso de un paciente con Glasgow cuatro hay que ser más fino no solo la escala al que tomar en consideración, en el caso particular fue primero, la duración del coma era breve, egreso de Castro con una escala de ocho a las 13:30 horas y una hora y media después lo evaluó y tenía cuatro y dos porque la causa del coma era extracerebral, no era una lesión del cerebro. El scanner con el que ya venía de Castro mostraba una fractura con hundimiento del hueso parietal izquierdo y un gran hematoma extradural que estaba comprimiendo en forma importante el encéfalo por un impacto de energía, compatible con acción de terceros, no era compatible con un accidente de tránsito, porque en este último además de la lesión localizada presentan otras como en la cara, en el cráneo, lo que el paciente no tenía. En estas condiciones decidió intervenir al paciente se pudo evacuar el hematoma extradural, reparar la lesión ósea y de cuero cabelludo asociadas. En el post operatorio inmediato el paciente evidenció un déficit motor en el hemicuerpo derecho, eso significa una falta de fuerza importante en el lado derecho y con un trastorno de lenguaje, es decir, eso significa una dificultad en la emisión de su lenguaje, en la fluencia y en la capacidad para nominar objetos o personas, estos déficit fueron disminuyendo durante el transcurso de su hospitalización hasta ser prácticamente mínimos al momento del alta, 25 días después. Durante su estadía presente una infecciosa de su operación que motivó una segunda operación para realizar un aseo quirúrgico y para retirar el fragmento óseo que uno abre para entrar al cráneo, la plaqueta ósea. Al momento del alta el enfermo egresó con los diagnósticos de un tec cerrado severo, una fractura con un hundimiento parietal izquierdo y un hematoma extradural gigante fronto parietal izquierdo. Su evolución posterior ha sido extremadamente satisfactoria, en el mes de mayo lo evaluó y tenía un noventa y cinco por ciento de mejoría neurológica, y en la última evolución hace cuatro o seis semanas atrás el paciente no presentaba ningún déficit neurológico, es decir, sus funciones inicialmente comprometidas están completamente recuperadas al cien por ciento, tiene un defecto óseo que no tiene hueso en la región parietal derecha requiere una tercera intervención que está en espera de relativo bajo riesgo, porque es una operación electiva con paciente estabilizada con una cirugía por sobre las membranas que recubren el cráneo. Esta operación en el

caso particular es necesario por dos motivos, por una *necesidad estética*, pero la mayor es de **tipo funcional, de protección de su cerebro**, en la parte que no tiene hueso tiene cuero cabelludo y músculo temporal, lo que equivale a lo que comúnmente se denomina mollera de cinco centímetros de diámetro, donde el lóbulo temporal y el parietal no están protegidos por huesos, **por lo que su evolución neurológica está resuelta**. Por otra parte, lo declarado por los peritos fotógrafo **Rodrigo Azócar Valenzuela** y planimétrico **Eduardo Pérez Vásquez**, los que depusieron sobre los Informes Fotográficos e Informes Planimétricos respectivamente, reconocidos en la audiencia por sus otorgantes, en relación descripción del sitio del suceso, porque fueron debidamente exhibidos por el sistema de data show, lo que permitió una correcta percepción por los jueces y asistentes a la audiencia; **unido a los otros medios de prueba correspondiente a set fotográfico** incorporado al juicio que da cuenta del sitio del suceso.

**DÉCIMO CUARTO: Valoración de los medios de prueba.** Que se ha dado crédito a lo afirmado por los señalados testigos por impresionar a este Tribunal como veraces, creíbles, en lo esencial, concordantes en sus declaraciones, dado que sus expresiones han sido formuladas por personas capaces de percibir con sus propios sentidos -ya sea porque los apreciaron directamente o los escucharon de terceros, caso en el cual resultaron concordantes con aquéllos- los hechos sobre los que declaran, legalmente interrogados y contra examinados, sin que sus relatos contraríen las normas de la lógica, máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados. Que amén de resultar los relatos, en si mismos apegados a la lógica y reglas de la experiencia, estas exposiciones se ven refrendadas desde el punto de vista de la técnica. No es otra conclusión la que deviene, si se les contrasta con lo expresado por los médicos Susana Echeverría Muñoz y Omar Vejar Cid, quienes se encuentra conteste por lo expresado por neurocirujano **Rodrigo Zapata Barra**, cuyas declaraciones, además, aparecen creíbles por haber sido formuladas por persona con conocimientos especiales, en la ciencia que detenta, y además, en cuanto a la naturaleza de la herida. Asimismo, las pericias fotográfica y planimétrica, que a través de las declaraciones de los peritos Claudio Vásquez Obrador y Eduardo

Pérez Vasquez, fue posible advertir en juicio, ya que ellas permitieron, constatar la total posibilidad de los testigos de haber observado lo que señalan haber visto, desde las ubicaciones que fueron reproducidos por los fotogramas y plano exhibidos en audiencia; unido a los otros medios de prueba correspondiente a set fotográfico.

**DÉCIMO QUINTO: Calificación jurídica de los hechos acreditados y participación.** Que los hechos acreditados en la proposición fáctica N°5 del considerando décimo tercero tipifican el delito de lesiones graves en la persona Juan Aníbal Ojeda Bahamondez, descrito y sancionado en el artículo 397 N° 2 del Código Penal en grado de frustrado, delito en el que a José Luis Hernández Naguelquín le ha correspondido una participación culpable en calidad de autor.

**En efecto conforme lo acreditado en juicio el imputado por vía de acción hirió, golpeó y maltrató a otro, lesión ocasionada a la víctima por el imputado que tardó en sanar más de treinta días y la víctima quedó incapacitada para el trabajo por un lapso superior al ya señalado.**

Se concluye de este modo toda vez que a juicio de estos sentenciadores no concurre ninguno de los requisitos del artículo 397 N° 1 del Código Penal, por cuanto de la prueba rendida en la audiencia de juicio oral, en especial del informe pericial del neurocirujano Rodrigo Fernando Zapata Barra, quien fue claro y concluyente en afirmar que el ofendido al mes de mayo de este año había recuperado el 95% de su capacidad motriz y que en su última evaluación acaecida hace seis semanas atrás estaba 100% recuperado y que no quedó con una notable deformidad en su cabeza, faltando solo una operación de carácter estética, que se deriva de la infección post operatoria, por lo que no se acreditó que producto de las lesiones ocasionadas al ofendido, éste haya quedado inútil para el trabajo ni tampoco que haya quedado notablemente deforme, es más al deponer la víctima el tribunal pudo percibir por sus propios sentidos dicha circunstancia.

**LESIONES MENOS GRAVES A JORGE EDUARDO MADRID OJEDA.**

**DÉCIMO SEXTO: Hechos acreditados.** Que el Tribunal apreciando la prueba libremente y sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, tiene por acreditado, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos y circunstancias:

**6) Que posteriormente llegó Jorge Eduardo Madrid Ojeda, quien se encontraba en el interior de un vehículo estacionado a pocos metros del lugar de los incidentes, quien fue alertado de lo que estaba sucediendo a su familia por la menor Yasna Ojeda Aguilar, encontrando a su hermano, a su tío y a su primo lesionados, instante en que al verse atacado con un arma cortante por uno de los imputados huye siendo perseguido por ambos acusados, quienes lo encuentran en la intersección de calles Serrano con Prat, lugar que le dan golpes de pies y puños, que le provocaron lesiones menos graves.**

Esta proposición se acredita con los dichos del ofendido **Jorge Eduardo Madrid Ojeda**, quien declaró que cuando llegó al lugar se encontró con su primo tendido boca arriba, su hermano Francisco estaba de rodillas con las manos en el pecho de Juan Claudio aparentemente apretando las heridas para que no sangraran, ve a una persona de tez morena, pelo corto, que apuñalaba a su hermano por la espalda, esa persona lo encara, le tira un corte, cayó y después corrió hacia la carretera, hay una placita en Llau Llau, cuando vio que no lo perseguía nadie se topa con estas personas, lo hicieron arrodillarse porque si no lo iban a matar, uno de ellos le iba a enterrar un cuchillo y el que estaba con el chaleco rojo le dijo que parara, lo patearon y le tiraron piedras, lo primero que siente es una patada en la cara, se pone en el piso en posición fetal, siente patadas en las costillas y la última piedra fue en la cabeza, después se devolvió a la fiesta donde estaban su hermano y su primo. Asimismo, a instancia de la fiscalía, **reconoce a los acusados Juan Carlos y José Luis Hernández Naguelquin** como las personas que lo habían perseguido y agredido. **Rubelinda Muñoz Eujenio**, quien manifestó en lo pertinente que ese día estaba en su casa durmiendo cuando alrededor de las 5 de la mañana se despertó por unos gritos que escuchó de una pelea, su casa queda a 300 metros del lugar en donde acaecieron los hechos. Salió al balcón, después salió a la calle porque un integrante de su grupo familiar no estaba, era su nieto Cristián Barrientos Muñoz. En eso vio cuando le pegaban a un primo del fallecido, éste era golpeado con patadas por los acusados Juan Carlos y José Luis, ellos estaban a unos 50 metros de su casa. La persona estaba boca abajo en el camino de piedras. Agrega que la persona golpeada después se levantó con la cabeza reven-

tada y llegó al lugar en donde estaba la persona fallecida. **Nataly Paola Andrade Vidal**, quien expuso que el día de los hechos asistió a la fiesta en la sede deportiva del Llau Llau, llegando a eso de las 00:30 horas junto a unos amigos, Julio, Francisco, Valeska y John. Como a las 2 salió a dejar a tres amigos hacia el camino de la playa junto a Francisco y a John, posteriormente se fueron a alojar a la casa de su abuela que queda a media cuadra de la sede deportiva. Ella se acostó en la habitación que da a calle Arturo Prat y los otros en las piezas interiores. Agrega, que por el calor se despertó y se levantó a cambiarse pijama, en eso escuchó unas carreras y que dos sujetos seguían a otro que corría hacia el norte de calle Arturo Prat. La persona que arrancaba se devolvió y en la esquina de Arturo Prat con Serrano se cayó, lugar en donde los sujetos que lo iban siguiendo los empezaron a golpear con piedras y patadas en la cabeza. Uno de ellos le decía que le diera la cara porque lo iba a matar, en eso el acompañante le dijo que "no cagara al huevón", en eso una mujer les pedía que se fueron, ahí salió la vecina Rubelinda quien increpó a los sujetos, los que se retiraron del lugar, el mayor se fue con la mujer y el menor se quedó rondando el lugar, los sujetos eran el Kimba y su hermano, reconociendo a los acusados como las personas que golpearon a la persona en el suelo. De **Irma Segovia Muñoz**, quien expuso que la noche del 24 de enero, venía de la fiesta que hubo en la sede del club deportivo de Llau Llau, había vuelto recién a la casa, escuchó gente peleando, en la novedad salió a ver, salió también la señora de al lado Rudelinda Muñoz, ella decía que era su nieto al que estaban matando, por lo que se allegó más cerca para hablarle a la gente que no maten a una persona que estaba ahí en un paradero cerca, dice que vio dos hombres y una mujer, dos hombres apedreaban a otro, lo pateaban y le decían que lo querían matar, había una mujer que gritaba que lo dejara, el hombre estaba tirado en el suelo lo pateaban y le pegaban con piedras en la cabeza, la vecina decía que podía ser su nieto el que estaba tirado boca abajo y les gritaba que no lo maten, ella se allegó por eso y también pidió que no lo mataran, la mujer que los acompañaba le decía Juan no lo mates, ya mataste a uno, no lo mates, costó harto para que hiciera caso, estaba tan enfurecido que no iba a ser así no más. Cuando ella llegó con la vecina lo dejaron y se fueron, uno cortó a su casa hacia el sur y el otro

al norte, en ese momento llegó otra persona que dijo que arriba en la sede había dos muertos, por la novedad fueron a verlos. Reconoce a los acusados en la audiencia, dice que son de Llau Llau pero no los trataba, ellos son nietos de José Naguelquín, a uno le dicen Kimba y al otro Araña. Asimismo, a instancia de la fiscalía los testigos **reconoce a los acusados Juan Carlos y José Luis Hernández Naguelquin** como las personas agredidas al ofendido. Del médico legista **Claudio Cifuentes Vargas**, quien expuso que el paciente Jorge Eduardo Madrid Ojeda refirió haber sido agredido al salir de una fiesta, que estaba en el auto cuando un familiar le avisa que la persona que falleció estaba siendo agredida, él va hacia allá para ayudarlo, es agredido por un tercero con arma blanca y con un objeto contundente. *Cuando revisó el peritaje clínico notó la presencia de una cicatriz, una herida cortante en cada palmar izquierda y además una herida contusa estrellada en región parietal que correspondía de acuerdo a la historia que él le contaba a una agresión con un elemento contundente. Estas lesiones las catalogó de mediana gravedad con un tiempo de recuperación de 20 días.* La herida palmar izquierda era una herida cortante, de tres a cuatro centímetros con cola superior, quiere decir que por su ubicación era una lesión de defensa, la persona ante un recorrido del arma blanca trató de imponer la mano para tratar de impedir que fuera hacia el cuerpo.

**DÉCIMO SÉPTIMO: Valoración de los medios de prueba.** Que se ha dado crédito a lo afirmado por los señalados testigos por impresionar a este Tribunal como veraces, creíbles, en lo esencial, concordantes en sus declaraciones, dado que sus expresiones han sido formuladas por personas capaces de percibir con sus propios sentidos -ya sea porque los apreciaron directamente o los escucharon de terceros, caso en el cual resultaron concordantes con aquéllos- los hechos sobre los que declaran, legalmente interrogados y contra examinados, sin que sus relatos contraríen las normas de la lógica, máximas de la experiencia ni los conocimientos científicamente afianzados. A su vez, lo expresado por el perito médico legista **Claudio Cifuentes**, cuyas declaraciones, además, aparecen creíbles por haber sido formuladas por persona con conocimientos especiales, en la ciencia que detenta. Por otra parte, lo declarado por los peritos fotógrafo **Rodrigo Azócar Valenzuela** y planimétrico

**Eduardo Pérez Vásquez**, los que depusieron sobre los Informes Fotográficos e Informes Planimétricos respectivamente, reconocidos en la audiencia por sus otorgantes, en relación ubicación y descripción del sitio del suceso, porque fueron debidamente exhibidos por el sistema de data show, lo que permitió una correcta percepción por los jueces y asistentes a la audiencia; **unido a los otros medios de prueba correspondiente a set fotográfico** incorporado al juicio que da cuenta del sitio del suceso.

**DÉCIMO OCTAVO: Calificación jurídica de los hechos acreditados y participación.** Que los hechos acreditados en la proposición fáctica N°6 del considerando décimo séptimo tipifican el delito de lesiones menos graves en la persona Jorge Eduardo Madrid Ojeda, descrito y sancionado en el artículo 399 del Código Penal en grado de consumado, delito en el que a los acusados Juan Carlos Hernández Naguelquín y José Luis Hernández Naguelquín les ha correspondido una participación culpable en calidad de autores.

En efecto conforme lo acreditado en juicio los imputados por vía de acción hirieron, golpearon y maltrataron a otro, lesiones ocasionadas a la víctima por los imputados que tardaron en sanar menos de treinta días. Para estimar tal calificación, el Tribunal ha tenido en cuenta lo señalado por el médico legista Claudio Cifuentes Vargas, quien examinó a Jorge Madrid Ojeda, calificando sus lesiones como de mediana gravedad, por ser una lesión en la región parietal provocada por elemento contundente y una lesión cortante palmar izquierda, de tipo defensiva, quien estimo el tiempo de recuperación en veinte días. El testimonio de este profesional médico resulta suficiente para el Tribunal por constituir conocimientos científicamente afianzados, no controvertidos por otra prueba de igual entidad.

**DÉCIMO NOVENO: Análisis declaración acusado.** Que respecto a las declaraciones que prestara en audiencia, el acusado Juan Carlos Hernández Naguelquin, latamente relacionadas en el motivo quinto, de este fallo, y formuladas dentro de la etapa en que se rendía la prueba de la defensa, particularmente al finalizar ésta, deben ser correctamente analizadas desde varias perspectivas.

El primer acercamiento necesario, guarda relación con la oportunidad en que éstas se verificaron, es decir, una vez que toda la prueba del ministerio público había sido rendida y también la de

la propia defensa, esta sola circunstancia, **desde una perspectiva subjetiva**, importan un evidente detrimento en el grado de persuasión que dichos atestados puedan tener sobre estos sentenciadores. Efectivamente, el hecho que el acusado, haya estado en condiciones, como por cierto lo estuvo, de conocer todas y cada una de las probanzas que obraban en su contra, permiten a lo menos suponer que estuvo en condiciones de ajustar sus deposiciones a la totalidad de las pruebas rendidas e incorporadas en la audiencia y en tal evento, no resulta posible, examinar comparativamente estas últimas con su testimonio. Si sumamos a lo anterior, la simple razón, de que es el acusado el principal interesado, en que los cargos deducidos en su contra se desvanezcan, y que además no está obligado a decir verdad alguna, sobre los acontecimientos en que se vio involucrado, forman un conjunto de objeciones, que por cierto, disminuyen decididamente, la veracidad que pueda asignarse a sus expresiones. No parece absurdo, atender entonces, a las razones que tuvo el legislador para procurar la declaración del imputado en la ocasión que prevé el artículo 326 del estatuto procesal, es decir después de los alegatos de apertura de su defensor.

Sin perjuicio de las aprehensiones subjetivas que pueda merecernos la información entregada por el acusado, **por la oportunidad** en que fue prestado su testimonio, como por las demás antecedentes que se han consignado, particular atención se debe tener, al examinar la contextualidad, secuencia y detalles de su relato, deteniéndose en el análisis, de la forma en que éste, se hace cargo de cada una de las imputaciones que se hacen en su contra y el modo como justifica o valida cada uno de los aspectos que favorecen la tesis que sostiene en juicio su defensa.

Forma parte de los elementos justificadores de su narración, el acápite en que pretende convencer que **se encontraba ebrio al momento de ocurrir los hechos**, sin desvirtuar las afirmaciones que su hermano José Luis prestara en juicio previamente, a saber: "...yo estaba ebrio porque aparte de lo decía mi hermano de que tomamos tres botellas de vino con fanta, yo tenía amigos dentro de la fiesta, amigos que le "convidan" a uno, un trago, pero distintos tragos, uno va a una mesa y le "convidan" una piscola, va a otra mesa y le "convidan" una cerveza, así sucesivamente...". Esta información aun-

que no verificable, resulta apegada a las reglas de las máximas de la experiencia y como tal absolutamente plausible, aún dentro de un cúmulo de posibilidades no exploradas.

En la misma línea, el deponente valida el **sentimiento de protección sobre su hermano** que determinó, según su versión, la agresión que ejecutó contra el occiso, los episodios de violencia intrafamiliar que **fueron descritos por los peritos de la defensa en juicio**, y **hasta que momento se encontraba conciente**, así nos sugiere: "... yo **observo como cae mi hermano**, a él siempre lo he cuidado, hemos pasado grandes cosas... veo que el Marco sale de ahí y deja a mi hermano solo, y yo voy a su encuentro, porque en ese momento yo estaba conciente...con el primero que me encuentro es con el tal Juan Claudio, y con él peleo, cuando luchamos los dos, alguien, no sé quien, pero tiene que haber sido un familiar de él, me golpeó y en ese momento sentí un **destello fuerte en la cabeza, un destello como cuando a uno le hacen un flash de fotografía**. Recuerdo haber traído un pañuelo en la cabeza, al sentir el destello, **sentí igual un calor, así como cuando empieza a fluir la sangre...siento lo tibio, fluir la sangre tibia**, y al ver mi sangre así, "yo de chico he sido así", **al ver mi sangre, entre el alcohol y lo que estaba pasando, en ese momento que había una pelea, realmente me borré, me desesperé, no se como fue, pero no puedo recordar mas allá...**"

Los atestados que se anotan con precedencia, deben ser relacionados en lo pertinente, con las expresiones de la perito psiquiatra de la defensa Rossana Echeverría Vargas, a la sazón: "...Juan Carlos (1)tiene esta fobia a la sangre,(2) experimentó como alguien de su familia estaba siendo golpeado y (3) estaba bajo los efectos del alcohol, por lo tanto **estas tres condiciones** hicieron que al momento de sentir correr sangre, se avivaran **todas éstas situaciones traumáticas que arrastra de niño**, es ahí que se produce el compromiso de conciencia...sin capacidad de dirigir sus acciones y la noción de saber en donde está...**el elemento gatillador fue sentir fluir su sangre en el rostro, por que es lo último que recuerda...**" **La similitud, tanto en los términos, como en el contenido de ambas declaraciones, es una elocuente y palmaria ilustración de la forma en que desenfadadamente el acusado ajustó su relato a la prueba que ya se había rendido en juicio.**

Particular atención debe merecernos también, las afirmaciones del acusado, respecto al momento en que sostiene recuperar la conciencia en la ocasión, situándolo en los instantes en que se encontraba en una calle lateral, literalmente: “...*en una calle lateral, estaba allí, y como que volví en sí, y cuando me di cuenta que estaba volviendo en sí, escuche la voz de una señora, que me gritaba que me dejara de hacer lo que estaba haciendo...atrás de mí había otra persona llorando que igual me gritaba, y a mi lado mi primo Marco, que me tenía agarrado fuerte del brazo y la guata, y me decía que me calme y en el piso había un tipo que no le recuerdo la cara...el Marco me sacó y mi señora me llevó a la casa...*”.

Esta parte del relato debe ser correctamente relacionada con las afirmaciones de la médica **Psiquiatra Vilma Ortiz Torres**, en la parte que señala que las amnesias se dividen en cuanto a su origen en orgánicas y psicógenas, y que el estado crepuscular importa un compromiso de la conciencia en que la persona actúa con estrechez de la misma, en forma automática, y que dicho estado puede tener también un origen orgánico o psicógeno, unido necesariamente a una personalidad alterada, toda vez que una persona normal no puede hacer estados crepusculares. Los que en todo caso se gatillan por un elemento sorpresivo, nuevo que causa un impacto de tal magnitud que la emoción, la rabia o el miedo, invalida su voluntad al ser invadida por la emoción. Conviene acercarnos a la exposición pericial, cuando afirma que en los estados crepusculares de origen orgánico, entre los que se pueden anotar un ataque epiléptico, una intoxicación por alcohol o drogas, las acciones que en él se desarrollan no se registran, y en tal sentido, nunca se podrían recordar. Que en cambio en los estados crepusculares de origen psicógeno las acciones verificadas en dicho trance, son registradas, pues aquí actúa otro lóbulo del cerebro, ya que la emoción es la que invade perdiéndose el registro frontal que tiene que ver con la planificación, se tiene un circuito interno, en que en principio no se recuerda, pero al repetir la escena se debería recordar, y que ello ocurre de regular en alrededor de seis meses, y cuando la persona no recuerda, después de ese periodo, es una simple mentira. Más específica es la perito, cuando sostiene particularmente respecto al acusado, que su relato contiene recuerdo lacunares, que se entrela-

zan con los olvidos, el inicio y final de la amnesia es difuso. Que en los cuadros orgánicos, las amnesias son de bloque, hay una perplejidad absoluta hasta el próximo bloque, lisa y llanamente no hay recuerdo. Sin embargo, la narración que nos propone el acusado, no permite subsumirlo en ninguna de las alternativas señaladas.

Que atento lo anterior, habiendo transcurrido en la especie más de diez meses desde la ocasión en que ocurrieron los hechos, sin que el acusado recuerde los pormenores de los mismos, y no tratándose el estado crepuscular en el que ampara su amnesia, de los de origen orgánico, sino que de aquellos de origen psicógeno, no podemos sino concluir, que su relato impresiona decididamente, como simulado.

Ahora bien, la conclusión anterior, resulta plausible, sin siquiera hacerse cargo del padecimiento que viene sosteniendo la defensa, respecto al acusado, esto es, una hematofobia. Padecimiento diagnosticado por los profesionales que dicha parte hizo comparecer en estrados, y que principalmente determinan su incidencia, basados en la información que les entregara el propio examinado. Que aun siguiendo el testimonio pericial de la médica psiquiatra **Echeverría**, en cuanto afirma que la hematofobia es una fobia excepcional, que se caracteriza por dos elementos, uno que es este miedo, este pánico a ver correr sangre y la otra las respuestas que surgen de la persona que la padece...en el caso específico este miedo es con mucho componente neurovegetativo...es muy frecuente que las personas incluso se desplomen, se alteren o bien se desmayen por ver poca sangre... la persona reacciona frente a la sangre, son miedos irracionales, ...en este caso él tiene una hematofobia bastante intensa”.

Sin embargo las conclusiones de la experta parecen desvanecerse, si seguimos la narración de los hechos, que en lo pertinente, nos entregó el propio acusado cuando señala: “...*mi señora me abrazó...me llevó para la casa...todavía veía mis manos llenas de sangre, todavía recuerdo que vestía pantalón color crema...mi polera que usaba abajo era de color plomo...esas estaban empapadas de sangre, pensé que tenía un hoyo en la cabeza...me ayudó a limpiar la herida, yo le decía que no lo toque por que tenía delicado, perdía cualquier sangre, un golpe en la cabeza que hace una herida contusa son sangradoras*”. El relato transcrito no

parece condecirse con el diagnóstico de la profesional, en orden a que el acusado presenta una hematófobia bastante intensa, y a la posibilidad de desmayarse al ver “poca sangre” debido al miedo irracional que importa una hematófobia intensa.

Aunque bastante elocuente pueden parecer las afirmaciones precedentes, solo a modo de complemento, podemos agregar la información que en torno a la enfermedad invocada, refiere la profesional Vilma Ortiz Torres, cuando sostiene que nunca le ha correspondido ver un estado crepuscular producto de una hematófobia, que tampoco lo ha escuchado, y que lo característico de un elemento gatillante es que debe ser sorpresivo, no experimentado, y lo suficientemente fuerte para que la emocionalidad invada la voluntad, la que no se logra dominar, por lo que las personas con posterioridad se arrepienten de las acciones que han cometido en dicho trance, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa. **Finalmente relevante resulta la referencia que hace respecto a las fobias, en cuanto a que las reacciones que generan son de angustia, miedo, paralización, o conductas evitativas, pero generalmente no de agresión.-**

Solo consignemos además, que el factor arrepentimiento y recuerdo que la experta anota, son abordados por el acusado, al momento en que se le ofrece la palabra al cierre de la audiencia, y solo una vez que el Ministerio Público, consignara que transcurridos diez meses, este no ha recordado ni se ha arrepentido de dichas acciones.

Del mismo modo, se debe agregar que el acusado, en sus atestados refiere que el destello o flash fotográfico, como el lo describe, lo siente, cuando recibe un golpe, más no cuando siente fluir su sangre en el rostro. Circunstancias que no hacen más que ratificar las apreciaciones de la psiquiatra Ortiz, en orden a que el punto del no recuerdo, resulta difuso, por decir lo menos.

Finalmente, estos sentenciadores, solo pueden agregar, y quizás esta sea una de las riquezas del nuevo sistema, que oídos los distintos médicos psiquiatras que depusieron en audiencia; observado el comportamiento del acusado durante el desarrollo del juicio, particularmente en la ocasión en que prestó declaración, teniendo en consideración sus gestos, el lenguaje que utilizó para relatar los acontecimientos, el tono de su voz, las inflexiones de la misma, su forma de contestar las preguntas que se le formularon, solo es posible concluir que

la descripción profesional, que mejor parece adecuarse al encausado, es aquella que nos entrega la profesional Vilma Ortiz Torres, pues resulta innegable, que se trata de un individuo de un pensamiento esencialmente abstracto, escamoteador, con evidentes muestras de manejar y dirigir su relato a los aspectos que le resultaban convenientes, manteniendo siempre el control del interrogatorio, y ajustando desde el tono de su voz, sus palabras, hasta su posición corporal en pos de lograr el convencimiento de los jueces respecto a la veracidad de su relato.

Solo para ilustrar la certeza que le asiste al tribunal, en el sentido que se viene exponiendo, baste recordar, el episodio relatado por la profesional Vilma Ortiz Torres, durante el desarrollo de la entrevista que el equipo dirigido por la perito realizaba al acusado, y que se provoca durante una serie de preguntas en torno a la sexualidad del acusado, particularmente al éxito que el decía tener con mujeres mayores y casadas, y como siguieran los entrevistadores preguntando del tema, responde a una de ellas “...también se me va a preguntar cuando me sacaron mi primer diente de leche”. Asimismo, el otro episodio, cuando consultado por su trabajo, y mientras contestaba que trabajaba en el campo con motosierra, y las labores específicas del mismo, uno de los facultativos le pregunta abruptamente si ha dado muerte a alguien, a lo que responde: ¿“con una motosierra”? Amen de las conclusiones vertidas en el párrafo precedente, las respuestas transcritas, no parecen condecirse con un individuo que se encuentra, según el mismo lo expresó, con sus facultades mentales y físicas absolutamente disminuidas por el efecto de los fármacos que le fueran suministrados, sino que mas bien describen, la primera de ellas a un individuo opositorista, y el segundo, al escamoteador en su esencia, entendiéndose por tal, aquel que responde a una pregunta con otra y que en definitiva no contesta.

Finalmente, en la misma línea de argumentaciones que se vienen exponiendo, no podemos dejar de destacar, la forma notable, en que el acusado se hace cargo de las declaraciones del inspector de la Brigada de Homicidios de la Policía de Investigaciones Alexis Muñoz Sandoval, en aquella parte en que el policía refiere que al momento de detener al acusado, este le habría dicho que reconocía la situación en que se encontraba, que sabía que se había pegado una “embarrada”, y que iba a

colaborar, alcanzando a hacer alguna referencia, incluso al arma utilizada. Quizás, temiendo que las afirmaciones del agente policial, pudiesen obstar a la teoría de la amnesia que por estado crepuscular venían sosteniendo, explica, dentro de su relato en la audiencia, literalmente: *“Cuando llegaron los de Investigaciones, yo les dije que sabía lo que había pasado, porque mi señora me dijo lo que había pasado, no porque yo recordara lo que había pasado”*. Lo palmario y elocuente del episodio, en toda su contextualidad, hace majadero cualquier comentario y sobre argumentativa cualquier conclusión que pueda formularse.

**VIGÉSIMO: Eximente alegada por la Defensa.** Que respecto al acusado Juan Carlos Hernández Naguelquín la defensa alegó la eximente de responsabilidad penal del artículo 10 N° 1 del Código Penal, ello en atención a que éste sufriría de Hematofobia, y consiguientemente habría actuado el día de los hechos en un estado crepuscular, y al efecto rindió prueba pericial consistente en los informes de una psicóloga, concluyendo que *en relación a los resultados que vio, en ese minuto Juan Carlos se encontraba con algunos trastornos sicóticos y con una alteración de su juicio de realidad. Tenía algunas alucinaciones auditivas que evidenciaban el estado sicótico que estaba evidenciando y algunos rasgos paranoicos, que el test que le realizó al acusado, el test de Rochard mide estructuras de personalidad, mide tendencias;* y de dos médicos psiquiatras, concluyendo estos últimos que *al momento de los hechos el acusado Juan Carlos Hernández Naguelquín estaba con consumo de alcohol, experimentó una agresión a un familiar, experimentó sangre correr en su rostro momento en el que dejó de percibir los acontecimientos que estaban ocurriendo, perdió la voluntad, por lo que sufrió un estado crepuscular; sin perjuicio que la fiscalía también rindió prueba a su respecto, consistente en un informe pericial elaborado por un médico psiquiatra.*

Basta para rechazar la eximente en cuestión indicar que no se demostró que la secuencia temporal de las acciones en que los profesionales de la defensa hacen descansar su diagnóstico, esto es, que el acusado recibió una pedrada en la cabeza, la que le habría provocó una herida, sangrando y con ello se desencadenó la Hematofobia, y por consiguiente el estado crepuscular antes de provocar las lesiones que le causaron la muerte a la víctima Juan Claudio Ojeda Aguilar.

Es así que Carlos Ojeda Zúñiga, Leandro Mansilla Huicha, Víctor Guirquel, testigos presenciales de los hechos en sus relatos no hicieron mención alguna a dicho incidente, hecho que habría desencadenado toda la acción de la agresión, muy por el contrario ellos están contestes en cuanto a que quienes dieron los primeros golpes fueron los acusados, que ellos fueron los únicos que tiraron piedras, y que a las únicas personas a quienes les tiraban piedras era a los ofendidos, lo que concuerda con los dichos de la testigo Nayarett Mansilla Huicha, que además declaró que *“Juan Carlos Hernández Naguelquín al momento de la agresión a Juan Claudio no sangraba ni tampoco vio que le haya llegado alguna pedrada”*, testigos que como ya se dijo son creíbles y verosímiles, testimonios que son concordantes con los de Nora Aguilar Reyes y Jasna Ojeda Aguilar quienes señalaron que el acusado no tenía lesiones.

Que dichos testimonios logran formar convicción en el tribunal de cómo sucedieron los hechos conforme lo razonado en los considerandos anteriores, no así los testimonios de Cristián Barrientos Muñoz Paola Millán Torres y Patricio Araya Naguelquín, estos últimos conviviente y primo del acusado, quienes depusieron que habrían visto el hecho de la pedrada antes de la agresión, relatos que a su juicio del tribunal resultan un tanto inverosímiles, por cuanto de acuerdo al desarrollo de las acciones relatadas por ellos, al acusado le llega la piedra sin haber tenido intervención alguna en la pelea ni siquiera verbal, es así que Paola Millán Torres dice *“se produjo el incidente entre Marcos y el fallecido, se mete José Luis, siguiendo la pelea él (José Luis), Marcos, el papá y el primo, en ese momento Juan Carlos estuvo mirando y le llega algo”*; por su parte Patricio Araya Naguelquín depuso *“que Marcos y el finado discuten, dos hombres se meten, José Luis entra a defender a su primo, en ese momento llegó Juan Carlos y le llega un pedriza en la cabeza”*. Por último Cristián Barrientos en su relato sitúa peleando al acusado Juan Carlos con el papá del occiso, hecho que no fue advertido por nadie de los presentes ni siquiera por los acusados en sus relatos.

**Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que las conclusiones de los peritos respecto a la fobia que padecería el acusado se basan exclusivamente en los dichos de este último, no hay ningún antecedente concreto que permita corroborar lo dicho por el encausado.**

Por último, conforme a lo dicho por los tres peritos, estos señalaron que en el estado crepuscular se produce una privación temporal de razón que sufre una persona frente a un impulso tan severo que pierde su voluntad, perdiendo su capacidad de discernir, estado que se caracteriza porque surge en forma **espontánea**, que si bien se produce un bloqueo de la voluntad **siempre queda un registro**, que en las personas que lo padecen, realizan acciones que no quieren las que posteriormente les ocasionan un **gran sentimiento de arrepentimiento**, de angustia de necesidad de pedir perdón, y que **la persona que padece dicho estado no tiene la capacidad para discernir respecto de los objetos y de las personas**. Conforme a lo que se ha concluido en esta sentencia y al desarrollo de las acciones desplegadas antes, durante y con posterioridad a los hechos acaecidos en el sector de Lau Llau el día 25 de enero pasado, se debe concluir que este estado crepuscular que viene alegando la defensa no se presentó en el acusado.

En efecto, conforme lo acreditado con los testimonios vertidos en la audiencia de juicio oral, no se vislumbra en caso alguno el elemento de *espontaneidad* a que hicieron alusión los peritos, esto es, que la acción de agresión del imputado haya aparecido repentinamente, producto del elemento gatillador, sino que conforme a lo declarado por el testigo Cristián Barrientos Muñoz, en cuanto a que el acusado **le solicitó colaboración para pelear** y la testigo Jocelin Barría Godoy en cuanto escuchó que la frase *“peguémosle a Claudio”*, circunstancias que denotan un ánimo preconcebido de agresión por parte del acusado.

Asimismo, los peritos psiquiatras concluyeron que el estado crepuscular psicógeno produce un bloqueo de la voluntad, pero *siempre queda un registro*, es decir, que la persona después de cierto transcurso de tiempo puede recordar lo sucedido. En el caso en cuestión al deponer el acusado en estrados -diez meses después del hecho- dijo “que no recordaba nada de lo sucedido”. En este punto, la perito siquiatra Vilma Ortiz señaló *que el estado crepuscular cuando es psicógeno, la escena se registra, actúa otro lóbulo del cerebro, cuando es la emoción la que invade se pierde el registro frontal que tiene que ver con la planificación, se tiene un circuito interno en que en principio no se acuerda, pero al repetir la escena si, se dice que alrededor de seis meses deberían recordar. Cuando la persona no*

*recuerda después de los seis meses es que un simple mentir, (Arboleda Flores).*

En el mismo orden de ideas los peritos manifestaron que las personas que experimentan estos estados crepusculares manifiestan un *sentimiento de arrepentimiento*, de angustia porque llevaron a cabo acciones sin querer, lo que les ocasiona esta angustia, dicha características tampoco se vio en la persona del acusado, cuando declaró en estrado y conforme lo ya analizado en el considerando anterior, en ningún momento pidió perdón, en ningún momento manifestó su arrepentimiento, en ningún momento expresó corporalmente dicho arrepentimiento, esto último se infiere de su forma de hablar, de expresarse, de gesticular, su impronta en la audiencia, todo lo que pudo ser percibida por estos juzgadores. Si bien los peritos de la defensa declararon que el acusado sentía angustia, arrepentimiento, pero en una u otra forma dicha angustia decía relación como lo dijo la perito Echeverría *por la situación de encarcelamiento, de abandono de su familia y de incertidumbre de lo que se venía y perplejo por la duda de si él había hecho todo lo que decían que había hecho, o como lo expresó el perito Numhauser porque el muerto lo iba a penar en las noches, se le ponía a los pies, que su casa se había destruido.*

Por último, los peritos también declararon que las personas que experimentan los estados crepusculares *pierden la capacidad para discernir respecto de los objetos y de las personas*, no pueden distinguir, así el perito Numhauser depuso que *“la persona tuvo la voluntad de ingresar a la pelea, la conducta automática es en defensa de si mismo a salir del miedo, miedo espantoso de salir, no es discriminatoria, podría haber herido a su propio hermano si estaba ahí”*, por su parte la psiquiatra Echeverría señaló *que es como entrar a un estado de sonambulismo de automatismo, y la perito Ortiz expuso que “en el estado crepuscular no se hace una elección, si tengo un planteamiento de que la rabia es con éste a éste ataco, si hay un grupo de diez peleando, no sabe si los va atacar a todos o a uno, no hace una elección, no hace ningún acto voluntario”*. Concluido lo anterior, y conforme lo declarado por cada uno de los testigos que comparecieron en estrados la cantidad de personas que estaban ese día saliendo de la sede deportiva era considerable, al decir de algunos de alrededor de cien personas, que el conato que se produjo en las

afueras de la sede participaron más de 4 personas, ello del decir de los testigos de la defensa y de los relatos de los testigos de la fiscalía se infiere que el encausado realizó una verdadera selección de sus víctimas, agredió a la persona que falleció, tiró piedras al lugar en donde ésta se encontraba en el suelo, y ubicó, persiguió y agredió a Jorge Madrid Ojeda. Que conforme a los argumentos precedentemente expuesto es que se rechaza la alegación de la defensa en cuanto a que el encausado Juan Carlos Hernández Naguelquin habría actuado el día 25 de enero de 2004 con una pérdida total temporal de razón.

**VIGÉSIMO PRIMERO: Prueba desestimada.** Que se desestima las declaraciones del testigo Marlon Apablaza Soto, porque sus dichos no aportan nada respecto a la perpetración del delito y a la participación de los acusados en éste. Asimismo se desestima la prueba documental aportada por la defensa contenida en los números 1 y 2, de la letra B del considerando sexto del auto de apertura, esto es, sendos documentos que corresponden a consignaciones realizadas por los acusados, incorporados al juicio, así como también dos documentos más de la misma especie, por los cuales la defensa no hizo alegación alguno ni en el alegato de apertura ni en el de clausura.

**VIGÉSIMO SEGUNDO: Circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal.** Agravante. Que estos sentenciadores rechazarán la solicitud del Ministerio Público en lo referente a la concurrencia de la circunstancia agravante de responsabilidad criminal contemplada en el N° 6 del artículo 12 del Código Penal, en las hipótesis que el Ministerio Público la ha alegado, esto es, abusar el delincuente de la superioridad de sus fuerzas o de las armas. Que en este punto la jurisprudencia ha resuelto que para que se configure esta agravante, es necesario que el abuso de superioridad de la fuerza haya sido buscado a propósito en la comisión del delito, y que tampoco concurre la agravación cuando esta superioridad de las fuerzas o de las armas es inherente al delito, lo que en la especie ocurriría, ya sea en los delitos de homicidios o de lesiones, ya que, no podría llevarse a cabo, sea en grado de consumado o de frustrado, si el agente no se aprovecha de la superioridad de sus fuerzas y de sus armas.

**VIGÉSIMO TERCERO: Atenuante.** Que de acuerdo al tenor de las convenciones probatorias N° 1 y 2 del considerando quinto del auto de apertura, en

las que se consigan que *los acusados* no registran anotaciones en sus extractos de filiación, es posible concluir, que estos no presenta condenas preteritas, lo que permite establecer que la conducta anterior a los eventos de cargo, es irreprochable, favoreciéndoles en consecuencia, la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal.

**VIGÉSIMO CUARTO: Determinación de penas.** Que el acusado Juan Carlos Hernández Naguelquin, es autor de los delitos de homicidio simple y de lesiones menos graves, ambos en grado de consumado.

Que el delito de homicidio está sancionado con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, tratándose de una pena de dos grados divisible, existiendo una circunstancia atenuante y ninguna circunstancia agravante de responsabilidad criminal que considerar, y conforme lo previsto en el artículo 68 inciso segundo del Código Penal, corresponde aplicar el grado mínimo establecido por el legislador para el ilícito, en el quantum que se consignará en la parte resolutive de este fallo.

En cuanto al delito de lesiones menos graves está sancionado con las penas de relegación o presidio menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, que el tribunal en la especie optará por la sanción corporal por ajustarse de mejor manera a la justicia del caso concreto, que existiendo una circunstancia atenuante y ninguna circunstancia agravante de responsabilidad criminal que considerar, y conforme lo previsto en el artículo 67 inciso segundo del Código Penal, el Tribunal la aplicará en su minimum.

Estando frente a una reiteración de delitos de una misma especie le resulta más favorable al acusado ser sancionado conforme a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal, debiendo cumplir las condenas sucesivamente, principiando por la más grave. Esta disposición le resulta más favorable pues al aplicar el procedimiento del artículo 351 del Código Procesal Penal, implicaría en conjunto una sanción mayor.

**VIGÉSIMO QUINTO:** Que el acusado José Luis Hernández Naguelquin, es autor de los delitos de homicidio simple en grado de frustrado, de lesiones graves y de lesiones menos graves, estos últimos en grado de consumados.

Que la pena asignada al delito de homicidio es de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, que

encontrándose en grado de frustrado conforme a lo dispuesto en el artículo 51 del Código Penal se debe imponer la pena inmediatamente inferior en un grado, quedando en consecuencia, en presidio menor en su grado máximo, y existiendo una circunstancia atenuante y ninguna circunstancia agravante de responsabilidad criminal que considerar, y conforme lo previsto en el artículo 67 inciso segundo del Código Penal, el Tribunal la aplicará en su minimum. Que en cuanto al delito de lesiones graves está sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio, tratándose de una pena de un grado divisible, y existiendo una circunstancia atenuante y ninguna circunstancia agravante de responsabilidad criminal que considerar, y conforme lo previsto en el artículo 67 inciso segundo del Código Penal, el Tribunal la aplicará en su minimum.

En cuanto al delito de lesiones menos graves está sancionado con las penas de relegación o presidio menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, que en el tribunal en la especie optará por la sanción corporal por ajustarse de mejor manera a la justicia del caso concreto, que existiendo una circunstancia atenuante y ninguna circunstancia agravante de responsabilidad criminal que considerar, y conforme lo previsto en el artículo 67 inciso segundo del Código Penal, el Tribunal la aplicará en su minimum.

Estando frente a una reiteración de delitos de una misma especie le resulta más favorable al acusado ser sancionado conforme a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal, debiendo cumplir las condenas sucesivamente, principiando por la más grave. Esta disposición le resulta más favorable pues al aplicar el procedimiento del artículo 351 del Código Procesal Penal, implicaría en conjunto una sanción mayor.

Por lo que en mérito de las consideraciones precedentes y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 7, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 25, 28, 29, 30, 50, 51, 67, 68, 69, 74, 391 N°2, 397 N°2, 399 del Código Penal; 1, 45, 46, 47, 281, 295, 296, 297, 298, 309, 314, 315, 319, 323, 324, 325, 326, 328, 329, 338, 339, 340, 341, 343, 344, 345, 346, 348, 349 y 468 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

**I.-** Que se **CONDENA** al acusado **JUAN CARLOS HERNÁNDEZ NAGUELQUIN**, ya individualizado, a la pena de **SEIS AÑOS** de presidio mayor en su grado mínimo, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y

derechos políticos, y a la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de **HOMICIDIO SIMPLE** en la persona de Juan Claudio Ojeda Andrade, en grado de consumado, perpetrado el día 25 de enero de 2004, en la ciudad de Castro;

**II.-** Que se **CONDENA** al acusado **JUAN CARLOS HERNÁNDEZ NAGUELQUIN**, ya individualizado, a la pena de **CIEN DÍAS** de presidio menor en su grado mínimo, a la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de **LESIONES MENOS GRAVES** en la persona de Jorge Eduardo Madrid Ojeda, en grado de consumado, perpetrado el día 25 de enero de 2004, en la ciudad de Castro;

**III.-** Que se **CONDENA** a **JOSÉ LUIS HERNÁNDEZ NAGUELQUIN**, ya individualizado, a la pena de **TRES AÑOS Y UN DÍA** de presidio menor en su grado máximo, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena como coautor del delito de **HOMICIDIO SIMPLE EN GRADO DE FRUSTRADO** en la persona de Francisco Madrid Ojeda, perpetrado el día 25 de enero de 2004, en la comuna de Castro;

**IV.-** Que se **CONDENA** a **JOSÉ LUIS HERNÁNDEZ NAGUELQUIN**, ya individualizado, a la pena de **DOS AÑOS** de presidio menor en su grado medio, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de **LESIONES GRAVES** inferidas a Juan Anibal Ojeda Bahamondez, en grado de consumo, perpetrado el día 25 de enero de 2004, en la comuna de Castro;

**V.-** Que se **CONDENA** al acusado **JOSÉ LUIS HERNÁNDEZ NAGUELQUIN**, ya individualizado, a la pena de **CIEN DÍAS** de presidio menor en su grado mínimo, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena como coautor del delito de **LESIONES MENOS GRAVES** en la persona de Jorge Eduardo Madrid Ojeda, en grado de consumado, perpetrado el día 25 de enero de 2004, en la ciudad de Castro;

**VI.-** Que además, se les condena al pago de las costas de la causa en igual proporción.

**VII.-** Que atendida la extensión de la penas privativas de libertad impuestas al sentenciado Juan Carlos Hernández Naquelquin, no se les concede beneficio alguno de los que establece la Ley N° 18.216

y, en consecuencia, deberá cumplirlas íntegra y efectivamente, desde el día 27 de enero de 2004 fecha desde la cual ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad, como se establece en el considerando octavo del auto de apertura de este juicio oral.

**VIII.-** Que atendida la extensión de la penas privativas de libertad impuestas al sentenciado José Luis Hernández Naguelquin, no se les concede beneficio alguno de los que establece la Ley N° 18.216 y, en consecuencia, deberá cumplirlas íntegra y efectivamente, sirviéndole de abonos los días que estuvo privado de libertad en esta causa, esto es, desde el día 25 de enero de 2004 y hasta el 26 de febrero del mismo año y desde el 5 de abril al 13 de abril del presente año, siendo 42 días de abono, como se establece en el considerando octavo del auto de apertura de este juicio oral.

Devuélvase a los intervinientes la prueba material y los otros medios de prueba.

Se previene que la Juez Señora Neyda Santelices Moreno, concurre con los Sentenciadores en cuanto a los acusados los favorece la atenuante de su conducta anterior irreprochable y no les perjudica la agravante de haber abusado de la superioridad de fuerzas o armas en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa, en cada caso.

Que en consecuencia y estimando que los beneficios a cada uno una circunstancia atenuante y no concurren agravantes que los perjudiquen y aplicando el artículo 68 del Código Penal en cuanto a las penas aplicables en cada caso y para cada uno de ellos:

A Juan Carlos Hernández Naguelquin:

Como autor del delito de Homicidio Simple, consumado de Claudio Ojeda Uribe la pena de **Diez años** de Presidio Mayor en su grado mínimo, la inhabilitación absoluta perpetua para cargos públicos y derechos políticos, la inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante la condena.

Como autor del delito de Lesiones Menos Graves inferidas a Jorge Eduardo Madrid Ojeda, la pena

de **doscientos sesenta días** de Presidio Menor en su grado mínimo, la suspensión de todo cargo u oficio público durante la condena.

A José Luis Hernández Naguelquin:

Como autor del delito de Homicidio Frustrado de Francisco Madrid Ojeda, la pena de **novecientos días** de presidio menor en su grado máximo, la inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos, a la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos y derechos políticos, a la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

Como autor del delito de lesiones graves a Juan Ojeda Bahamonde, a la pena de **seiscientos días** de Presidio Menor en su grado medio a la suspensión de cargos y oficios públicos durante la condena.

Como autor de Lesiones Menos Graves a Jorge Eduardo Madrid Ojeda, a la pena de **doscientos sesenta días** de Presidio menor en su grado mínimo, a la suspensión de todo cargo u oficio público durante la condena.

Atendida la forma en que ocurrieron los hechos, la Juez que hace esta prevención estima que en caso alguno, a ninguno de los acusados se les otorgue beneficios de la ley 18.216 que signifiquen su reingreso a la comunidad, por razones de seguridad de la misma mientras no cumplan cabalmente estas y asuman debidamente su responsabilidad en los hechos.

Redactada por la magistrado Claudia Olea Tapia y la prevención por su autora.

**REGÍSTRESE y COMUNÍQUESE**, en su oportunidad, al Juzgado de Garantía de Castro para los fines pertinentes, hecho **ARCHÍVESE**.

**RUC N° 0400029104-3**

**RIT N° 11-2004.-**

Pronunciada por los jueces del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, Jaime Rojas Mundaca, quien lo presidió, doña Neyda Santelices Moreno y Claudia Olea Tapia.

- **Condena a los acusados a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autores del delito de robo en dependencias de un lugar habitado.**

**Tribunal: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta.**

**Resumen:**

*La Fiscalía acusó a los imputados como autores del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, alegando además la concurrencia de la agravante de pluralidad de malhechores. La Defensa solicitó la absolución argumentando falta de prueba respecto de la participación. En subsidio pidió la recalificación a la figura de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, citando copiosa jurisprudencia que sostiene que el patio no es una dependencia de la casa. El Tribunal dio por acreditado tanto el hecho punible, como la participación en virtud de las pruebas presentadas por el Ministerio Público. En cuanto a la alegación subsidiaria de la Defensa, la rechazó distinguiendo patio de antejardín, considerando este último como una dependencia de la casa. Al efecto buscó el sentido que corresponde dar al vocablo dependencia, que a falta de definición legal debe ser concebido en su sentido natural como un lugar que esté unido, contiguo y directamente comunicado con el lugar habitado y que se encuentre dentro de una misma esfera de resguardo que sólo puede burlarse por alguno de los medios que la ley señala en el artículo 440 del Código Penal, como ocurrió en los hechos juzgados en esta causa.*

**Texto completo:**

Antofagasta, veintisiete de diciembre del año dos mil cuatro.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, con fecha veintidós del presente mes y año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por la juez Presidente doña Claudia Lewin Arroyo y la jueza doña Myriam Urbina Peran y el juez don Jaime Medina Jara, se realizó del juicio oral de la causa rol interno del tribunal N° 166-2004, seguida en contra de los acusados Mario Nicasio Cabana, de 24 años de edad, argentino, pintor, casado, documento nacional de identificación N° 27.913.140, y de Víctor Manuel Paz, de 24 años de edad, argentino, albañil, soltero, documento nacional de identificación N° 27.699.958, ambos domiciliados en Población Manuel Rodríguez, calle Loa N° 6.389, de esta ciudad.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el fiscal adjunto, don Patricio Martínez Felip, domiciliado en Condell N° 2235 de esta ciudad.

La defensa de los imputados estuvo a cargo de la Defensoría Penal Licitada representada por el letrado don Rodrigo Araya Peña, domiciliado en Latorre N° 2.631, 5° piso, de Antofagasta.

**SEGUNDO:** Que el Ministerio Público fundó su acusación, según se lee en el auto de apertura en los siguientes hechos:

“El día 19 de agosto de 2004, aproximadamente a las 03:00 horas de la madrugada los acusados, previamente concertados, concurren hasta el domicilio ubicado en calle Coloso N° 6.776 de esta ciudad, de propiedad de Ruby del Carmen Cáceres Flores y después de merodear por el sector y asegurarse que no estaban siendo vigilados, Mario Cabana saltó el muro perimetral ingresando al inmueble de la víctima –a un patio– tomando una moto a batería, que era del nieto de la señora Ruby, la que le entregó a Víctor Paz, pasándola por sobre el cierre perimetral, saliendo del inmueble y huyendo ambos acusados con la especie. Carabineros fue alertado de esta situación y consiguieron la detención de los acusados y la recuperación de la especie, en las afueras del domicilio de los acusados”.

El Ministerio Público, le atribuye a los acusados en los hechos reseñados, participación en calidad de autores del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, consumado, previsto y

sancionado en el artículo 440 N° 1 en relación al artículo 432, ambos del Código Penal.

Solicitó el órgano persecutor se aplique a los acusados Mario Nicasio Cabana y Víctor Manuel Paz la pena de seis años de presidio mayor en su grado mínimo, respectivamente y las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos, e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta perpetua para profesiones titulares mientras dure la condena, y también al pago de las costas de la causa.

**TERCERO:** Que, en su alegato de apertura, la defensa de los acusados indicó que el Ministerio Público, con la prueba de cargo ofrecida, no lograría acreditar los hechos fundantes de la acusación fiscal formulada en contra de sus representados, de ser ambos autores del delito de robo en un lugar habitado, ya que los mismos, ameritan una calificación jurídica distinta, como lo constituye el delito de robo en lugar no habitado, en el entendido que la especie sustraída se encontraba en un patio, lugar no idóneo para servir de morada.

**CUARTO:** Que para estar en presencia del delito imputado, esto es, robo en lugar habitado o en sus dependencias, éste se configura por la apropiación de cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, siempre que dichas cosas estén ubicadas en el interior de un lugar habitado o en una dependencia del mismo y se ingrese a una u otra, mediante escalamiento, es decir, por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas.

**QUINTO:** Que para efectos metodológicos, se analizará la prueba rendida por el Ministerio Público respecto de la concurrencia de dichos elementos en el orden cronológico de su manifestación.

Así, lo primero que cabe determinar es si el sitio en que se encontraban las especies que sustrajeron es una dependencia de un lugar habitado.

Ello debe establecerse de manera categórica pues así lo manifestaron en el juicio los testigos Luis Luengo Fuentes, Guillermo Rivero Olguín y Silvia Peñaloza Olmedo, los funcionarios policiales Crooker Acosta y Muñoz Véliz, quienes adoptaron el procedimiento.

Sin perjuicio además, que tal hecho lo pudo percibir el Tribunal al serle exhibidas diversas fotografías del lugar que corresponden precisamente, a una casa habitación de una planta. Introducidas

validamente por la Fiscalía como otros medios de prueba.

**SEXTO:** Que, en lo que se refiere a la forma de ingreso a la casa habitación, el Ministerio Público hizo declarar en primer término al funcionario de la policía civil **Javier Crooker Acosta**, quien señaló que el día 19 de agosto del presente año, concurrió en compañía del Fiscal adjunto don Patricio Martínez Felip, a la calle Coloso N° 6776, de esta ciudad, a fin de verificar la existencia de un delito de robo acaecido en dicha dirección, proceder además a fijar el sitio del suceso, el cual resultó corresponder a una casa-habitación, misma que fue fijada fotográficamente por el funcionario Vergara y luego de ello indicó, que procedieron a empadronar el sitio aledaño a la vivienda afectada, encontrando a dos testigos del delito denunciado, quienes viven en las cercanías y a quienes identificó como los ciudadanos Guillermo Rivera Olguín y Silvia Peñaloza Olmedo.

El Ministerio Público le exhibió al testigo fotografías, las que éste identificó, la primera, como correspondiente al fondo del costado norte de la casa habitación, que el día de los hechos le correspondió revisar, lugar en el cual se encontraba la especie sustraída y que corresponde a una vista (tomada de sur a norte y desde la calle Isabel la Católica) del antejardín de la casa, el que delimita en el fondo ya indicado con el muro de la casa contigua, al poniente lo hace con el muro que lo separa y protege con la vía pública, esto es, la calle Coloso y al oriente con la línea de edificación de la vivienda signada con el número 6776 de la calle antedicha.

La segunda fotografía la identificó el testigo, como correspondiente al frontis de la vivienda, en cuyo centro destaca una puerta metálica que sirve de acceso al antejardín de la casa, de una altura aproximada de 2 metros (tomada la fotografía desde el eje de la calzada de la calle Coloso), al fondo de la cual se puede observar la puerta principal de acceso a la morada. Al costado izquierdo de la mencionada puerta, se aprecia la existencia de un muro de ladrillo de una altura de 2 metros aproximadamente, el que delimita con otro muro que la separa de la casa contigua, detrás del cual se encuentra ubicado un espacio, esto es, el área libre comprendida entre la línea de demarcación de la calle Coloso (el muro ya indicado) y la línea de construcción de la vivienda afectada, del que da cuenta debidamente la fotografía a la que previamente, el testigo

se refirió al señalar que en dicho espacio se encontraba la especie sustraída el día de los hechos, y que ya fuera precedentemente analizada por el tribunal.

Al costado derecho de la puerta de acceso al antejardín ya indicada, se puede apreciar la existencia de una reja metálica, también de una altura aproximada a 2 metros que delimita el área libre comprendida entre la línea de demarcación de la calle Coloso y la línea de construcción de la vivienda, y luego de ella se observa que inmediatamente existe un portón metálico de igual altura, que sirve de acceso a vehículos al interior del inmueble a un espacio destinado a dicho efecto, elementos los descritos que constituyen el cierre perimetral de dicho costado de la vivienda con la vía pública, constituida por la calle Coloso.

Las fotografías tercera y cuarta, que le fueron del mismo modo exhibidas al testigo, las identificó como correspondientes a vistas del citado inmueble, tomadas desde calle Isabel La Católica, las que evidencian que se trata de una casa esquina, pudiendo ser apreciado que la misma delimita al sur con la citada calle, por medio de una reja metálica y a continuación de ésta lo hace por medio de un muro de ladrillo que la cierra hasta su techumbre.

La quinta y sexta fotografía, la identificó como la correspondiente al acusado Víctor Manuel Paz, misma que le fue tomada el día de los hechos en dependencias del cuartel policial, a modo de fijar las ropas que vestía, de acuerdo a las cuales lo hacía con un jeans de color azul, un pulóver azul de manga corta puesto sobre un polar de color plomo y debajo de ambas prendas un beatle de color negro. Introducidas por la Fiscalía válidamente como otros medios de prueba.

Finalmente el testigo señaló que las séptima y octava fotografías correspondían al acusado Mario Nicasio Cabana, las que al igual que las dos anteriores que preceden, fueron tomadas a fin de fijar las ropas que vestía la madrugada del día que acaecieron los hechos. Así, en la primera fotografía se dejó testimonio que éste vestía sobre su torso y extremidades superiores un polar de color negro, debajo de éste, un polerón de color rosa pálido y luego una polera de color plomo. Introducidas al igual que la anterior, válidamente por la fiscalía, como otro medio de prueba.

Requerido por la Fiscalía, manifestó que la única vía de acceso diferente, a las puertas peatonal o vehicular, era escalar la propiedad a través

del muro o la reja que constituyen el cierre perimetral de la casa habitación.

A la Defensa le indicó que no existían signos de forzamiento en la puerta principal del antejardín ni del portón, todos las que estaban cerradas con llave, excepción hecha del portón, dado que no recuerda si lo hacía un candado.

Asimismo le indicó, que no existían evidencias de ingreso o de huellas plantares en las ventanas de la vivienda.

También en calidad de testigo declaró **Guillermo Rivera Olgún**, quien manifestó que el día de los hechos, 19 de agosto del presente año, a eso de las 03,00 horas, sintió que los perros del sector ladraban insistentemente, por lo que se levantó y observó que frente a la casa habitación de su vecina, doña Rudy, había dos tipos sentados en las afueras de la reja (calle Coloso), hecho que le comentó a su conviviente, dirigiéndose luego al baño y al volver vio nuevamente a los sujetos, quienes en esta ocasión se encontraban parados sobre sus pies, por lo que le consultó a su mujer que hacía, a lo que esta le manifestó que no saliera y que llamara a carabineros, cuestión que realizó y al volver su mujer le indicó que uno de los tipos había saltado al interior de la vivienda y le había pasado al otro un carro chico de un niño.

Requerido por la Fiscalía, manifestó que a los sujetos primero los vio sentados y luego volvió a ver a uno de ellos, el que vestía pulóver de color concho de vino, y que correspondía a uno de los que estaban sentados.

A solicitud del Ministerio Público, reconoció en una fotografía que se le exhibió, como correspondiente a las ropas que la persona que el día de los hechos vio en la afueras del domicilio afectado. El tribunal al punto deja constancia que la misma corresponde al acusado Mario Nicasio Cabaña, que en una de las fotografías viste pulóver rosado claro.

Finalmente le manifestó al Fiscal que su punto de observación se encontraba ubicado en el segundo piso de su casa habitación, distante a unos 6 a 7 metros de la casa afectada, en diagonal a la misma y frente a una plazoleta allí existente, y que tanto frente a la primera como a la segunda de las casas nombradas existen focos, por lo que la iluminación del sector es buena.

Contra interrogado por la Defensa, le señaló a ésta, que a los sujetos no los vio entrar ni salir de la casa de su vecina.

A solicitud del Fiscal, reconoció una fotografía que éste le exhibió, como la correspondiente a la puerta de acceso del antejardín de la casa de su vecina Rudy, lugar en donde vio en un primer momento sentadas a las personas, a las que se ha referido en su declaración, y que luego los observó en el mismo lugar parados sobre sus pies mirando hacia la casa, buscando un lugar por donde saltar a su interior.

Compareció también a estrados a solicitud del Ministerio Público en calidad de testigo Silvia Peñaloza Olmedo, quien indicó que fue testigo del ingreso de unas personas a la casa de una vecina, ya que mientras dormían (con su conviviente el testigo Rivera) sintieron ladrar los perros por lo que se despertaron, observando inicialmente su conviviente por la ventana para ver que era lo que ocurría, el que le manifestó que en la casa de la vecina habían dos individuos sentados en la reja, indicándole ella que avisara a carabineros para que éstos hicieran una ronda a fin que las personas que merodeaban se fueran. Agregó que mientras su pareja llamaba a la policía, ella observó a través de la ventana a dos personas, una alta y otra más baja, las que vestían una con ropa oscura y la otra con ropa clara, un polerón rosado clarito, como desteñido, y que la persona más alta había saltado ya a la casa de la vecina por la reja, viendo que sacaban un juguete grande, consistente en una moto la que pertenecía a Víctor. Manifestó que luego de ello, se despreocupó de lo que ocurría, dirigiéndose hacia el lado de su cama, mientras su esposo miraba al exterior. Posteriormente indica que se dirigió al interior de su casa para mirar por otra ventana, la cual daba hacia atrás, hacia las calles Loa y Azapa, que dan con la línea del tren, lugar donde vio a los individuos transitar por la vía férrea de norte a sur, llevando el grande que vestía de ropa oscura la moto entre los brazos, y que cuando ella se percató que los individuos la vieron, ella cerró las cortinas mientras ellos los sujetos apuraron sus pasos hacia el sur, y luego de ello, ella fue a la parte delantera de su casa, oportunidad que sintió “el pato” del radiopatrulla, por lo que salió al exterior indicándoles que se dieran la vuelta, ya que los individuos iban por atrás. Concluyó su declaración señalando que se despreocupó del asunto y se volvió a acostar.

Le precisó al fiscal que no vio a nadie saltar el muro, pero que si vio al sujeto que estaba dentro de la casa de la señora Ruby, viendo como éste pasaba por arriba de la reja la moto.

La fiscalía le solicitó a la testigo, para que apoyada en evidencias fotográficas ya exhibidas en la audiencia, las reconociera y que indicara en ellas el lugar por donde vio al sujeto pasar la moto, la testigo reconoció en una de las fotografías la casa de su vecina Ruby, indicando que la suya está un poco más al norte y apoyada en otra, precisó el lugar por donde los individuos pasaron la moto, señalando que la pasaron por la reja que da a la calle Isabel la Católica.

El tribunal deja constancia que la foto exhibida corresponde a una vista tomada de sur a norte de la casa que se ubica en el vértice de la intersección de la calle Coloso con calle Isabel La Católica, misma que en ese lado tiene una reja metálica construida con platinas de fierro, existente entre ellos una separación de 10 centímetros, lo que permite una visión amplia del antejardín de la misma a partir de dicha reja y que corresponde al límite sur del cierre perimetral, en cuya parte delantera se observa el portón de acceso de vehículos y luego el espacio donde se estacionan estos, y a continuación su antejardín y la casa.

A solicitud del fiscal, señaló que reconocía en las fotos de las personas que se le exhibían, las ropas, que estas vestían, como aquellas iguales a las que esa noche vestían los individuos que se pasaron la moto por encima de la reja de su vecina relacionando a la persona más alta que esa noche se encontraba adentro, como vestida de azul, como también la vestimenta de la persona que se encontraba afuera la que lo hacía de rosado.

A solicitud de la Fiscalía, relató que la persona que vio pasando la moto, era el más alto, que vestía de azul y el que vestía de morado, el más bajo, estaba afuera.

Prestó declaración asimismo en calidad de testigo, el funcionario de Carabineros **Juan Muñoz Véliz**, quien señaló que el día 19 de agosto del presente año, se encontraba de 3er. turno en la población, y a eso de la 03,00 horas, recibió un llamado de la Unidad, que le daba cuenta que una persona situada en el segundo piso de una casa habitación, había observado a dos individuos escalando una reja cerrada. Indica que arribaron al lugar denunciado, transcurridos dos minutos aproximadamente, encontrándose con la persona, la que les manifestó que los sujetos habían huido por el sector de la calle Azapa, colindante a la línea del ferrocarril. Agregó que salieron en pos de ellos y en la esquina de la

calle Loa divisaron a dos personas que llevaban conjuntamente entre sus manos, una especie que soltaron, cayendo ésta a la vía pública, huyendo e intentando ingresar a un domicilio ubicado en dicha calle a la altura del 6600, lo que no consiguieron ya que lograron detenerlos antes, estableciendo luego que la especie que habían botado en la calle, correspondía a una moto accionada a batería y que la casa habitación a la cual habían intentado ingresar era de un tío de uno de los sujetos que habían detenido.

Manifestó que luego regresaron al Pasaje Coloso, en donde el varón que había dado el aviso les indicó la casa habitación desde donde los sujetos habían sacado la moto, vivienda en la cual fueron atendidos por una persona que vive de allegado en la casa afectada de propiedad de doña Rudy, quien reconoció la especie, misma que la había dejado en el antejardín de dicho inmueble.

El Ministerio Público le exhibió una fotografía, la que reconoció como la correspondiente a una moto a batería de color negro, blanco y rojo, que el día a que se ha referido portaban ambos sujetos, momentos antes de su detención.

A petición del Fiscal, indicó que el día que realizó el procedimiento, andaba en compañía del Carabinero Chamorro y de la Carabinero Alday. Asimismo, a petición del Ministerio Público reconoció a los acusados como las personas que detuvo el día de los hechos, los que portaban la especie sustraída.

Requerido por la defensoría, indicó que revisaron los accesos de la vivienda afectada, la que no tenían señales de fuerza.

Prestó declaración en estrados, también en calidad de testigo **Luis Luengo Fuentes**, quien señaló: "que el cabro chico de la casa" (en la cual es pensionista desde hace 10 años), "tenía una moto y se la habían robado". Indicó que el día de dicho evento él se encontraba durmiendo, cuando sintió que golpeaban la puerta, por lo que se levantó y vio que eran los carabineros, los que le señalaron que desde ese domicilio unos sujetos habían robado una moto. Agregó que él era la última persona en llegar en la noche al domicilio, oportunidad en que deja cerradas todas las puertas del mismo, esto es, las dos de entrada, el portón y la puerta, las que cierra con llaves.

El Ministerio Público le exhibió al testigo fotografías correspondientes a la casa, las que éste

reconoció, la primera, como la correspondiente al lugar en donde se encontraba la moto, esto es, el antejardín; la segunda, como la correspondiente al lugar donde se estaciona la camioneta, tomada desde calle Isabel La Católica, frente a la cual se encuentra una plaza, la tercera, como la correspondiente a la puerta de la reja del antejardín, por donde se accede a la entrada principal de la casa, a la izquierda de la cual hay un muro, detrás del cual y por su lado interior estaba la moto; la cuarta, la parte lateral de la vivienda que colinda con calle Isabel La Católica; y, la quinta y última, como la correspondiente a la moto del chico de la casa, que lleva por nombre Víctor Antonio.

Requerido por el Fiscal, indicó que al permanecer todas las puertas de acceso de la vivienda cerradas con llaves, si se quiere ingresar a su interior, la única manera de lograrlo es saltando la reja.

Finalmente señaló además que en la vivienda viven él, Rudy, Juni, Marcela y dos niños.

Sin perjuicio además, que tal hecho lo pudo percibir el Tribunal, al exhibírsele diversas fotografías del lugar que corresponden precisamente, a una casa esquina de una planta que se ubica en la intersección de las calles Coloso con calle Isabel Riquelme, en cuyo frontis, al centro de éste, destaca una puerta metálica, construida con platinas de fierro, dejando un espacio entre ellas de 10 centímetros aproximadamente, la cual permite una visión amplia a la vivienda que antecede y que sirve de acceso al antejardín de la casa, de una altura aproximada de 2 metros (tomada la fotografía desde el eje de la calzada de la calle Coloso), al fondo de la cual se puede observar una puerta de madera que sirve de acceso principal a la morada y en cuyo costado izquierdo se aprecia la existencia de un ventanal el que nace a la altura de un metro contado desde la base estructural de la casa y el que en su parte superior remata en la cadena de sujeción que antecede a la techumbre de la vivienda.

Al costado izquierdo de la mencionada puerta, se aprecia la existencia de un muro de ladrillo de una altura de 2 metros aproximadamente, el que delimita con el muro corta fuego que la separa de la casa contigua, detrás del cual se encuentra ubicado un espacio, esto es, el área libre comprendida entre la línea de demarcación de la calle Coloso (el muro ya indicado) y la línea de construcción de la vivienda afectada, (del que dio debida cuenta la fotografía a la que el testigo Crooker se refirió en su

declaración, al señalar que en dicho espacio se encontraba la especie sustraída el día de los hechos, y que ya fuera previamente analizada en la motivación que precede por el tribunal).

Al lado derecho de la mentada puerta de acceso al antejardín, se puede apreciar la existencia de una reja metálica, al igual que la anterior de una altura aproximada a 2 metros y de igual estructura, misma que por la naturaleza de su construcción permite una visión amplia del área libre comprendida entre la línea de demarcación de la calle Coloso y la línea de construcción de la vivienda, la que termina en un pilar de fierro, el que cumple también la función de apoyo a un portón existente a continuación de igual altura y estructura que los anteriores, que sirve de acceso a vehículos al interior del inmueble, a un espacio destinado a dicho efecto, elementos los descritos que constituyen el cierre perimetral de la vivienda con la vía pública, constituida por la calle Coloso. La vivienda en análisis vista desde calle Isabel La Católica, evidencia nitidamente que se trata de una casa esquina, pudiéndose apreciar que la misma en su límite sur, delimita con la precitada calle Isabel la Católica, por medio de una reja metálica de iguales características, tanto en su estructura y altura de la que la protege como cierre perimetral por su costado poniente ya indicadas. A continuación de ésta, la protege un muro de ladrillo que la cierra hasta su techumbre.

De las constancias fotográficas analizadas se desprende en primer lugar que los cierres perimetrales que protegen la morada afectada, en los que no se vislumbran signos de forzamiento sobre ésta, ni en sus chapa de seguridad que la cierran, teniendo la convicción plena uno de los testigos, que éstas se encontraban cerradas antes de que ingresaran los hechores a su interior, por haberlas cerrado él personalmente antes de acostarse. También se logró apreciar que tanto la puerta del antejardín, del portón y la principal de acceso directo al interior a la vivienda no presentaba signos de haber sido forzada, tanto en su estructura como en su cerradura de seguridad, no apreciándose en ella maltratos, roturas o forados.

Se constató a través de la exhibición de las fotografías, que la única forma de acceder al antejardín de la vivienda es por escalamiento ya que no existe constancia, como ya se vio, que los hechores hubiesen practicado en los resguardos que lo protegen: forado, rompimiento de pared o fractura de puertas o ventanas.

De esta manera podemos concluir primeramente, que uno de los hechores, para acceder al antejardín de la vivienda escaló la reja que lo separa de la calle, para acceder al antejardín, aprehender la moto que allí se guarnecía y desde su interior pasarla al exterior por encima de la reja al otro hechor que allí lo aguardaba como lo da cuenta directamente la testigo presencial Peñaloza Olmedo, e indirectamente el funcionario policial Muñoz Véliz que concurrió al lugar, y procedió a sus detenciones en un tiempo próximo y lugar cercano al de la propiedad afectada, portando la especie sustraída.

Además la fijación del sitio del suceso y evidencias consignadas por medios fotográficas que dan cuenta tanto de la casa habitación afectada como de las ropas que vestían los acusados al momento de la detención de ambos, reconocidas la de color rosado por el testigo Rivera y por la testigo Peñaloza ambas, permiten determinar en forma indubitada que los acusados actuando concertadamente y distribuyéndose la función que a cada uno le correspondería en el ilícito acordado, sustrajeron la especie mueble ya indicada, misma que portaban al momento de sus detenciones por carabineros.

**SEPTIMO:** Que, demostrado que uno de los hechores se introdujo con escalamiento por el frontis de una casa habitada, mientras que el otro lo esperaba en las afueras de la misma, se desprende, de manera directa y precisa, que los ejecutores se apropiaron de dicho bien mueble, sin la voluntad de su dueña, denotando, además, por la misma circunstancia de la apropiación, que actuaron movidos por ánimo de lucro, cuanto más desde que debe descartarse la concurrencia de ánimos distintos como, por ejemplo, el de arruinar a la perjudicada, cuestión que ni siquiera fue insinuada por la defensa.

**OCTAVO:** Que, recapitulando sobre los hechos establecidos en los motivos cuarto, quinto, sexto y séptimo, que anteceden, podemos concluir que con el mérito de la prueba rendida: testimonial y evidencias fotográficas, libremente apreciada por el tribunal, se puede establecer la efectividad del hecho imputado en la acusación del Ministerio Público, esto es, que el día 19 de agosto de 2004, alrededor de las 03:00 horas, los acusados concurrieron hasta el domicilio ubicado en calle Coloso N° 6776 de propiedad de doña Ruby Cáceres Flores,

y en donde el testigo Luengo Fuentes habita en calidad de pensionista, ingresando uno de ellos al antejardín del referido inmueble, escalando el cierre perimetral y, procedió a sustraer una moto a batería de color rojo con blanco y negro, de propiedad del nieto de la dueña de casa, misma que le entregó a su acompañante pasándole a través del citado cierre perimetral, quien se encontraba al exterior del inmueble, para luego salir y huir ambos, portando la especie, siendo luego detenidos por carabineros, en las afueras del domicilio del tío de uno de los detenidos.

Sin perjuicio de lo ya dicho en forma pormenorizada, en términos generales podemos indicar que para establecer la efectividad de la acusación fiscal se ha tenido presente que los testigos han declarado sobre la base de hechos que protagonizaron directamente, informándolos al tribunal de manera detallada, certera y concordante, no encontrándose desvirtuados por ninguna prueba.

**NOVENO:** Que, los hechos acreditados en la consideración precedente constituyen el delito de robo de especies en dependencias de un lugar habitado o en sus dependencias en grado de consumado, previsto y sancionado en los artículos 432 y 440 N° 1 del Código Penal, en perjuicio de Ruby Cáceres Flores.

Así, se ha establecido que dos sujetos, actuando en forma conjunta, se apropiaron de especie mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, la que se encontraban en una dependencia de un lugar habitado al que se ingresó por vía no destinada al efecto, logrando que dicha especie fuera sacada de la esfera de custodia de sus titulares.

**DÉCIMO:** A su turno, la participación de los acusados se determinó con el reconocimiento que en la audiencia hizo el Sargento Juan Muñoz Véliz, quien los sindicó como las personas que detuvo, momentos después que arrojaron a la vía pública, la especie que portaban, consistente en una moto a batería, quienes habían sido señalados por los testigos Rivera Olgún y Peñaloza Olmedo, como las personas que momentos antes habían sustraído desde el antejardín del domicilio de la afectada, dicha especie, sindicándolos como las personas que, el día de los hechos, se encontraban sentados, en la reja exterior de acceso contiguo a la puerta de acceso al antejardín de la vivienda ubicada en calle Coloso signada con el número 6776, de esta ciudad y que,

luego de unos minutos, el testigo Rivera los observó cuando cambiaban sus posiciones, lo que comunicó a su conviviente, la que le manifestó que diera aviso a carabineros, oportunidad en que la testigo Peñaloza, se quedó como testigo singular, observando al interior del antejardín a uno de los sujetos, el más alto y que vestía de oscuro, mismo que le pasó al otro sujeto, el más bajo que vestía de rosado, que permanecía al exterior, una moto.

También, el funcionario policial Juan Muñoz Véliz reconoció en la audiencia, a los acusados como las personas, que divisó caminando el día 19 de agosto del presente año, pasadas las 03:00 horas de la madrugada, la calle Loa, cercana al lugar de los hechos, los que portaban en sus manos conjuntamente, un objeto del que se desprendieron, lanzándolo a la vía pública, cuando advirtieron la presencia policial, y para facilitar la huida que emprendieron por la arteria mencionada, lo que no lograron, ya que fueron detenidos cuando intentaban esconderse de ellos, ingresando a un domicilio allí situado. Ha agregado que revisada la especie esta resultó ser una moto a batería de un niño, tricolor y que fue llevada al sitio del suceso, en donde un pensionista de apellido Luengo, la reconoció como perteneciente al nieto de la dueña de casa, misma que había quedado en el antejardín de la vivienda.

Además la testigo Peñaloza fue certera en el reconocimiento fotográfico de las ropas que vestían los sujetos que vio en la casa de su vecina, las que en sus palabras definió como oscuras (las del sujeto que vio en el interior del antejardín) y rosado como desteñido (las del sujeto que vio al exterior del mismo). Agregando que el primero el más alto de ropa oscura, le pasó por encima de la reja al segundo, el más bajo y que vestía de rosado, quien se encontraba al exterior de la misma; fluye de lo expuesto, que dicho reconocimiento debe ser contrastado con el origen de las fijaciones fotográficas de dichas vestimentas, el funcionario policial Crooker, indicó en estrados, que tanto a Paz como a Cabana, se le tomaron fotografías horas después de su detención, en dependencias policiales, a fin de dejar constancia de las ropas que vestían el día de los hechos.

Establecido ello, se puede concluir válidamente, que el reconocimiento efectuado por la testigo Peñaloza, ubica a ambos acusados el día y hora en el sitio del suceso, efectuando el accionar descrito por la misma.

Acontece cosa similar con el reconocimiento fotográfico efectuado por el testigo Rivera, si bien más restringido, toda vez que a diferencia de la anterior, no vio a uno de los sujetos al interior del antejardín sacando la especie, y al otro, en las afueras de la misma recibéndola, sí afirmó que reconocía las vestimentas que se le exhibían como las que observó que vestían los sujetos que se encontraban sentados delante del jardín de su vecina, mismos a los que luego observó de pie y luego a uno de ellos, que vestía de concho de vino, ir y venir por la calle Coloso.

**UNDÉCIMO:** Que, los antecedentes probatorios y elementos de convicción reseñados en el motivo anterior, apreciados libremente, de manera necesaria y unívoca, permiten establecer como un hecho de la causa, que los acusados intervinieron en el ilícito acreditado en el juicio, de manera inmediata y directa, es decir, como coautores del mismo.

**DUODÉCIMO:** En su alegato de clausura el defensor sostuvo en primer lugar, que con un análisis más detallado de la prueba rendida, se debía tener presente que no hubo personas que declararan en la audiencia, que hubieran visto ingresar a sus representados en la propiedad de calle Coloso 4776, y que de las personas que vive en dicha propiedad sólo declaró un arrendatario, el señor Luengo, el que manifestó no haber visto ni oído nada y que él se encargaba de poner llaves a los accesos y, que además no escuchó los ladridos de perros al igual que el resto de los moradores de dicha propiedad, y que despertaron después que los funcionarios policiales golpearon insistentemente. En segundo lugar, que conforme a las ilustraciones fotográficas, quedó demostrado que la vivienda corresponde a una casa esquina, "que está en plena calle, no siendo mucha la diferencia en ella entre la vía pública y eventualmente las habitaciones" (sic) y que se encuentran en el fondo de la casa, siendo la construcción alargada. En tercer lugar y respecto de la misma, señaló que el testigo Luengo, reconoció que el jardín exhibido en las fotos se encuentra cubierto de cemento y sin plantas, lugar en que éste reconoció que aquella noche se le quedó el juguete del nieto de la señora Ruby, el que normalmente guardaba, en cuyo lugar había sólo un basurero, mismo que fue exhibido entre el set de fotos. En cuarto y último lugar, indicó en relación a los vecinos con una vi-

sión privilegiada, en una posición diagonal a la propiedad afectada, despertaron ya sea por ruidos o necesidades fisiológicas alrededor de las 03:00 AM, de los cuales doña Silvia Peñaloza, sostuvo haber visto a dos sujetos en actitudes sospechosos "merodeando en la plaza", llamando a Carabineros y creyendo que con ello bastaba para que los sujetos dejaran el sitio, en el cual consideraba que no era conveniente que ellos estuvieran a esa hora, despreocupándose luego haciéndole el comentario a su marido para que éste llamara a carabineros para los efectos antes dichos, abandonando su lugar original, vuelve luego desde una ventana en el segundo piso a observar a un sujeto pasando el juguete al otro, no precisando de que manera y quién es, indicando solamente que se trataba del sujeto más alto, lo que conforme a lo que reconoció en audiencia al serle exhibidas fotografías correspondió a Víctor Manuel Paz y por descarte el sujeto más bajo que recibió el objeto debió ser el imputado Cabañas.

Lo reseñado hasta aquí por la defensa, requiere ser puntualizado en los siguientes términos:

- a) No es efectivo, que la testigo Peñaloza haya declarado: "haber visto a dos sujetos en actitudes sospechosas merodeando en la plaza", lo que ella señaló fue "observando inicialmente su conviviente por la ventana él le señaló que en la casa vecina había dos individuos sentados en la reja;
- b) No es efectivo, lo afirmado por la defensa que la testigo Peñaloza haya llamado a Carabineros;
- c) No es efectivo del mismo modo, que ella se despreocupara para que su marido llamara a carabineros abandonando el lugar original y volver desde una ventana del segundo piso a observar a un sujeto al otro, no precisando de que manera y quien es.  
Su relato es distinto (luego de declarar que su conviviente vio a los sujetos sentados en la reja de su vecina ) señaló que: "ella le manifestó que llamara a carabineros para que hicieran una ronda y las personas que merodeaban se fueran y mientras su pareja llamó a carabineros, ella observó a través de la ventana a dos personas;
- d) No resulta efectivo además, lo indicado por la defensa, en el sentido que la testigo Peñaloza no haya precisado la manera de como observó

actuar a los sujetos, ya que al trasluz de su declaración ello no es así. En efecto la testigo luego de indicar que miró a través de su ventana de su dormitorio (su pareja estaba en otra habitación llamando a carabineros) vio una persona alta y otra más baja, vistiendo una (la más alta) ropa oscura y la otra (la más baja) un polerón rosado, agregando que la persona más alta había saltado ya a la casa vecina por la reja viendo que sacaban un juguete grande consistente en una moto que pertenecía a Víctor". Referente al accionar de cada quien se debe señalar que la testigo también declaró que el más alto que estaba al interior del antejardín de su vecina le paso por encima de la reja la moto al más bajo, que se encontraba afuera y que vestía de rosado.

- e) No resulta ser efectivo, asimismo lo que señala el defensor en el sentido que la testigo haya reconocido a Víctor Manuel Paz, el más alto y que por descarte el más bajo que recibió el objeto debía ser el imputado Cabana (Mario Nicasio). Ello no es así, ya que el reconocimiento que ella efectuó se refiere a una cuestión distinta, esto es, se refiere sólo a las ropas que vio que vestían los sujetos al momento de la sustracción indicando que el más alto que vestía de oscuro se encontraba al interior de la propiedad y el más bajo que vestía de rosado, se encontraba en las afuera de la misma.

La defensa para otorgarle consistencia a su conclusión hizo poner de pie a los imputados contrastando así que el acusado Víctor Manuel Paz era el más bajo, y por ende, el imputado Mario Nicasio Cabanas el más alto por lo que a diferencia de lo declarado por la testigo, existió un error en el reconocimiento efectuado por la ella, cuando sostuvo que luego va a otra ventana de la parte posterior de su vivienda, viendo a uno de los sujetos que vestía un polerón de color rosado o concho de vino, al que ve sólo, cuando va y vuelve y que de acuerdo a las mismas fotografías del Ministerio Público la prenda referida por la testigo (rosado) correspondía a aquella que el día de los hechos, vestía el imputado Mario Nicasio Cabana (el más alto) y en su mismo testimonio no indicó la presencia del otro sujeto o si portaba la especie, generándose con ello una confusión en los reconocimientos, practicados por la testigo.

El Tribunal debe señalar que no existe el error que señala el defensor en el reconocimiento practicado por la testigo, en razón de:

- a) El defensor hierra cuando indica que la testigo señaló que luego fue a la parte posterior de su vivienda, vio a uno de los sujetos que vestía polerón rosado sólo ir y venir. En efecto la testigo Peñalosa no ha indicado en su declaración que fue a la parte posterior de su vivienda, ello lo que indicó que luego (de haber visto a los sujetos) se desplazó a otra habitación desde donde se ve la parte de atrás. De su dicho se debe entender que a la habitación que ella se desplazó (la testigo) se ve la parte de atrás de la casa afectada, ya que el testigo Luengo indicó que la casa de la señora Rudy tiene su frontis orientado hacia el mar (poniente) y de acuerdo a los dichos del funcionario Muñoz Véliz, las calles Azapa, Isabel Riquelme y Loa se ubican al oriente (cerro). De ello se infiere, que la casa de la testigo, esta orientada en sentido contrario a la de la señora Rudy, es decir, tiene vista al oriente, ello fue lo que le permitió, observar a los sujetos transitar por la línea del tren que corre paralela a calle Azapa, llevando el más grande que vestía ropa oscura la moto entre sus brazos. De ser efectivo lo afirmado por la defensa, de que ella hubiese ido a la parte trasera de su casa, efectivamente nada podría haber observado, empero, como se vio, no lo es, por lo que lo dicho por la testigo mantiene su consistencia.
- b) Del mismo modo no es efectivo, lo que indica el defensor que la testigo haya declarado, que desde su punto de observación haya visto a uno de los sujetos que vestía polerón rosado sólo cuando "iba y volvía". Los dichos atribuidos a la testigo corresponden a dichos del testigo Rivera, quien fue el que señaló que al sujeto que vestía de rosado lo vio venir, de norte a Sur por calle Coloso y luego lo volvió a ver, cuando venía por la misma calle de sur a norte y que no lo vio más porque su punto de observación se lo impedía.
- c) De ello se sigue que la conclusión a la que arriba el defensor fundado en palabras de otro testigo no es certera ya que indicó "de acuerdo a la prenda ya referida por la testigo (polerón rosado) correspondía aquella que el día de los hechos vestía Mario Nicasio Cabana y en su

testimonio no indicó la presencia del otro sujeto o si portaba la especie. Generándose con ello una confusión en lo reconocimientos practicados por la testigo.

La defensa indicó que también, es confuso el relato del testigo Guillermo Rivera, y la narración de funcionario policial Muñoz ya que Rivera sostuvo haber visto sentado a los dos sujetos en las afuera de la reja de la señora Ruby, no viendo nadie ingresar o salir de la misma, y que ante una actitud tan sospechosa como la relatada, no se mantuvo atento concurriendo a llamar a Carabineros, quedando en la observación su esposa, que durante esta posta de vigilancia, no vieron a sus representados ingresar a la propiedad, no obstante encontrarse en un lugar privilegiado de visión según lo alegado por el fiscal, además de buena iluminación, al existir en el lugar un poste de alumbrado público en las inmediaciones, según lo referido por el propio testigo Guillermo Rivera por lo que le llama la atención que permaneciendo dos personas atentas permanentemente, las que en ningún momento en forma teórica perdieron el área de acción, no vieron el ingreso de algún sujeto a la propiedad de la señora Ruby; que el señor Guillermo Rivera, reconoció a un sujeto vistiendo un polerón color concho de vino, el cual según la evidencia fotográfica, correspondía a don Mario Nicasio, contradiciendo con ello, lo declarado por el testigo policial Juan Muñoz, quién sostuvo que habiendo entrevistado al testigo Guillermo Rivera, este le indicó que había visto ingresar y salir a los sujetos de dicha propiedad, en circunstancias que en estrado aquella acción manifestó no haberla observado, como que también que vio a los dos sujetos a una distancia que no pudo precisar, cuando ambos cargaban las especies, en circunstancias que la testigo Peñaloza desde otra visión, observó únicamente transitar al imputado que según la descripción del vestuarios, debió corresponder a Mario Nicasio Cabana.

El Tribunal debe señalar que la diferencia entre los dichos del testigo Rivera y Muñoz, no son de la entidad que pretende atribuirle la defensa, ya que se desprende, por la aplicación del sentido común de la cosas, que cuando una persona efectúa una denuncia telefónica, se asigne en ella, un papel protagónico en la constatación de los hechos que la constituyen, en aras de la síntesis y de ro-

dearla de consistencia y de verosimilitud. De allí surge lo que retiene en su memoria el testigo Muñoz.

Además se debe señalar, que no es efectivo que el testigo Muñoz no haya expresado en la audiencia la distancia desde la cual observó a los sujetos portando una especie, este fue claro, al indicar que fue a una cuadra.

Finalmente respecto del tópico en análisis los dichos que le asigna a la testigo Peñaloza no le corresponden, en efecto ella no declaró que desde su punto de observación, haya visto al de rosado, ella señaló que vio al más grande que vestía de oscuro transportar la moto.

El Defensor fundado en las contradicciones por él evidenciadas, indicó que debía ponderarse si son fundamentales y relevantes, ya que sería claro que el sujeto mayormente ubicado en la escena es Mario Nicasio Cabana por su vestuario (rosado), ya que de la declaración del funcionario policial Crooker, quién no fue testigo presencial, y que sólo revisó el sitio del suceso, por lo que formula sólo suposiciones de la forma de ingreso, manifestando que debió ser por escalamiento, por algún sector del muro perimetral o de la reja, no precisando dicha información, ya que no existen rastros o indicios de fuerza, tanto en las puertas de ingreso peatonal o vehicular, evidenciando falta de diligencia ya que no señaló el tipo de cerradura tenía el portón, el cual efectivamente tenía un candado, siendo sin embargo, relevante el hecho que no se detectó indicios de fuerza u otros que dieran cuenta de la presencia de los sujetos, tales como huellas plantares, dactilares o desplazamiento de polvo en las rejas o muro perimetral, que solamente remite el relato de los testigos que fueron presentados por el Ministerio Público. Por lo que debe entenderse no quedó definida la participación de sus representados en el delito, especialmente en el caso de Víctor Manuel Paz, el más bajo, siendo claro únicamente que ambos imputados viven en las inmediaciones de la vivienda afectada, en el pasaje Loa, ya que conforme a las declaraciones del funcionario Muñoz, los sujetos fueron detenidos a tres cuadras de distancia del lugar en que se desarrollo el hecho, y cerca de la del tío de uno de sus representados, lugar a donde esa noche se dirigían, al momento de ser detenidos, no quedando con ello acreditada la participación del imputado Paz y que existiendo un indicio de la participación Cabana, a pesar del reconocimiento confuso de la testigo Peñaloza,

dado que existiendo en el sector una plazoleta y diferentes locales comerciales, en una madrugada con plena iluminación pudieron otros concurrir.

El Tribunal debe señalar que lo indicado por la defensa relativo a los dichos del testigo Crooker, ello es así, esa fueron sus declaraciones. Empero cosa distinta es indicar que la participación de sus representados en el delito no quedó demostrada, en especial la de Víctor Manuel Paz, (el más bajo) y que sólo existirían indicios respecto de Cabana, (el más alto) ya que para arribar a esa conclusión se ha fundado en:

- a) Vivir sus representados en las cercanías de la casa afectada lo que resulta efectivo, a la luz de lo declarado por el testigo Muñoz.
- b) Existir en el sector una plazoleta con diferentes locales comerciales a la que en la madrugada por ser iluminada también pudieron concurrir otras personas. Lo que resulta ser una verdad a medias ya que sólo se evidenció en la audiencia la existencia de un negocio frente a la plazoleta, y no se evidenció que a esa hora transitaran otras personas
- c) En el confuso reconocimiento efectuado por la testigo Peñaloza.

El Tribunal debe indicar que lo señalado por la defensa, respecto de éste se funda en un arbitrio forense, destinado a establecer aparentes contradicciones, las que sin embargo, luego de un examen serio y riguroso se puede apreciar que no existen. En efecto, se debe indicar, que esta nueva teoría del caso, la ha esgrimido la defensa sólo en su alegato de cierre, la que ha construido partiendo de la base que el acusado Mario Nicasio Cabana, es más alto que su coimputado (Paz), mismo que aparece en una de las fotos que le fuera exhibida a la testigo Peñaloza, vestido de rosado. En ello cree la defensa ver una contradicción en los dichos de la testigo Peñaloza, cuando ésta declaró que el más alto vestía ropa oscura lo observó adentro del antejardín de su vecina, en circunstancias que de acuerdo a su propio dicho debería haberlo visto afuera, por la ropa que este en la foto que se le exhibió aparece vistiendo, esto es, un polerón rosado.

Respecto de su otro representado, Víctor Manuel Paz, el más bajo, el que conforme a una de las fotografías exhibidas por la fiscalía aparece vistiendo de oscuro, hecho que por el contrario, lo ubicaría conforme a los dichos de la testigo Peñaloza, por ser el más bajo afuera, empero por aparecer

este vestido de oscuro en las fotografías de acuerdo a los dichos de la testigo debió estar adentro.

En opinión de los jueces, lo que se pretende demostrar constituye un artilugio, ya que la razón que explica, que el más alto Mario Nicasio Cabana, vista de rosado es porque el más bajo, Víctor Manuel Paz, le pasó a este dicha prenda de vestir. En efecto que razón explica que Mario Nicasio Cabana, sobre dicha prenda, aparezca, como ya se vio, vistiendo una chaqueta oscura, y Víctor Manuel Paz aparezca, como del mismo modo ya se vio, vistiendo una polera de manga corta, con mangas claras. Una sola, asegurar los sujetos la huida en forma impune del lugar; en efecto el policía Muñoz Véliz, no indicó que ubicó a los sujetos que los testigos les indicaron, por sus vestimentas ya que estas no habrían coincidido, a las que los testigos les habían observado que vestían en el lugar de los hechos, ya que los dos al momento de su detención vestían distintos. Ello se infiere validamente de los dichos de la testigo Peñaloza, ya que señaló, que al más alto que vestía de oscuro lo vio cuando llevaba entre sus manos la especie en la calle Azapa, de lo que se sigue, que luego los sujetos se intercambiaron las ropas. De no ser efectivo lo concluido, la testigo Peñaloza y el testigo Rivera, habrían tenido que describir al sujeto más bajo Víctor Manuel Paz, como aparece efectivamente vestido en la fotografía introducida como evidencia por la Fiscalía, esto es, como ya se ha expresado, polera azul con mangas y viso en el cuello de color claro.

A mayor abundamiento, el Tribunal debe señalar que la teoría de la defensa, no logró en modo alguno desvirtuar la posesión de la especie sustraída en poder de sus representados al momento de su detención por parte de carabineros, por lo que huelga señalar que a sus respectivos rige el artículo 454 del Código Penal, ya que se debe recordar además, que los detenidos a modo de explicación le indicaron al testigo Muñoz Véliz, habérsela encontrado abandonada en la vía pública.

En abono a su teoría del caso expuesta en su alegato de clausura la defensa sostuvo que ante la hipótesis de la sustracción del juguete, desde el espacio físico denominado patio, tal como lo señala la acusación que se imputa, en la que indica que el acusado Cabana, saltó el muro perimetral ingresando al inmueble de la víctima a un patio, lo cual se destaca en el libelo acusatorio como en el auto de apertura, tomando una moto a batería por lo que

la discusión en relación, a si ello corresponde a un patio o a un antejardín está dentro de las hipótesis del artículo 440 del Código Penal, especialmente la figura de dependencias respecto de lo cual, así como el fiscal citó algunas sentencias del tribunal, él defensor también recopiló algunos fallos los cuales se refieren directamente a lo que se define respecto de las dependencias.

Indica que tomando como base de análisis, el concepto del Diccionario De La Real Academia, alguna de las acepciones que éste le otorga al vocablo dependencia, especialmente la séptima, según la edición vigésimo primera de éste diccionario, sostiene que, dependencia es cada habitación o espacios dedicados a los servicios de una casa. Agrega el defensor en abono a su posición, que se deben entender como tales, los baños, cocinas, estudios, sectores de lavandería, así como los destinados al servicio de una casa. Agregando que dicha definición es la que más se aviene con la que se establece en los fallos que hará referencia. Así, el fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel del 25 de septiembre 2002, estableció el concepto jurídico penal dependencia, al señalar que son lugares o recintos que se destinan para actividades regulares o secundarias orientadas a complementar las propia domesticas de albergue o morada principal, ya que el fallo de la instancia, se refería a una bodega, la que calificó como lugar destinado a la habitación. La Corte en su considerando 3°, indicó que la bodega carecía de un nexo de comunicación interna y de subordinación material al edificio principal, por lo que recalificó el delito a robo en lugar no destinado a la habitación. Asimismo hizo referencia a otro fallo de dicha Corte de fecha 16 de marzo 2001, Gaceta Jurídica N° 249, el que señala en la parte doctrinal, que la sustracción de especies desde el patio de un inmueble, debe ser calificado como robo en lugar no destinado a la habitación y que existiendo en dicha causa más de un delito, uno de ellos correspondió a la sustracción de especies desde el interior de un vehículo, el que se encontraba aparcado en el garaje dentro del patio o antejardín, concluyendo dicha Corte, que en éste delito para sacar las especies se quebró un vidrio del vehículo, el que se encontraba estacionado en el interior de un edificio, en un lugar destinado al estacionamiento, el que no puede ser considerado como un bien nacional de uso público o destinado para la habitación.

Reforzó su apreciación con un tercer fallo de la Corte ya referida, de octubre 2001, el que indica, que el patio de un inmueble por sus propias características, difiere de lo que es un lugar destinado a la habitación, ya que este uso en el sentido general y natural lleva implícito in situ, el concepto de vivir o morar como lo ratifica el propio Código Civil, al referirse al derecho de uso habitación, reglamentado con el artículo 815 del Código Civil.

Agregó además en abono de su tesis otro fallo esta vez de la Corte de Apelaciones de Santiago, en el que se señala que las especies sacadas desde el interior de un automóvil estacionado en el interior del patio de una casa, mediante escalamiento, debe ser calificado como robo con fuerza en las cosas, con escalamiento en lugar no habitado, ya que en la medida que no se afecto el inmueble destinado a servir de morada que es lo que justifica, la mayor gravedad de la pena que reviste la violación del lugar destinado a la habitación y esfera íntima de las personas.

Finalmente y como corolario expresó que el Tribunal Oral de Calama, en el fallo Rit 39-2003, del 18 de octubre del mismo año, recalificó una figura similar de robo en lugar habitado, al de robo en lugar no habitado, estando entre los magistrado que aquello afirmaron por unanimidad, Don Jaime Medina Jara, donde dos sujetos escalaron el muro que da al patio de una casa, siendo sorprendidos por los dueños de casa, donde estaban sacando una lavadora que se encontraba en el patio; que dicho tribunal, llegó a la conclusión que no se ingresa a las dependencias donde moran los habitantes de la casa, no existiendo un peligro para las personas que habitan dicho inmueble, siendo este uno de los bienes jurídicos protegidos del delito de robo en lugar habitado, afirmando que careciendo el patio la actitud de "para habitar" y tal como lo ha señalado la Ilustre Corte de Apelaciones en diversas sentencias y concordando con lo indicado en el considerando undécimo de la sentencia mencionada.

El defensor siguiendo con el desarrollo de su teoría indicó, de acuerdo a las fotos ilustradas, en una de ellas se muestra un espacio de 3,0 metros aproximado, cubierto de cemento desde el muro perimetral de la reja hasta el muro en el cual se inicia la vivienda, y que en un rincón de éste, quedó por olvido el juguete siendo visible ello por todo el resto de la reja perimetral. Agrega que suponiendo que uno de sus representados hizo el escalamiento

sacando el juguete mencionado, ello no provocó ningún peligro para los ocupantes de la vivienda, donde éstos no sintieron o percibieron ninguna amenaza para su integridad física, perdiéndose con ello el disvalor por el cual se quiere sancionar con mayor gravedad en legislaciones de robo en lugar habitado, que en legislaciones modernas se está en presencia de hurtos agravados, dependiendo el lugar donde se cometa la sustracción de la especie, no habiendo en este caso ninguna amenaza potencial contra los habitantes de la morada afectada y que tal como lo señaló por el testigo Luengo, quien fue categórico al afirmar que todos estaban durmiendo y les costó despertar por el ruido que hacían los funcionarios policiales.

Concluyó su alegato indicando que el antejardín no es ninguna dependencia, ya que sólo sirve de paso entre el muro perimetral y la puerta de ingreso a la vivienda, a lo más sirve para guardar el tarro de basura y un sitio para estacionar el vehículo de los dueños de casa, no prestando ninguna utilidad de morar.

Por lo anterior solicitó la absolución de sus representado del delito de robo en lugar habitado, destinado a la habitación por no haberse acreditado más haya de toda duda razonable la participación de sus representados, especialmente la de Víctor Manuel Paz y en subsidio de lo anterior, si el tribunal llegaba a una conclusión diferente a la del defensor, que se considere el delito como el de robo en lugar no habitado.

El Tribunal haciéndose cargo de lo señalado por la defensa en su alegato, colocó especial énfasis en que el delito se cometió en el "patio" de la casa habitación afectada, conforme lo indica textualmente la acusación, y no como lo ha referido el Fiscal y los testigos en la audiencia, en el "antejardín" de la misma. Agregó que en el lugar por él así definido, no moran personas, no duermen ni realizan sus actividades domésticas.

Haciéndose cargo el tribunal de las alegaciones de la defensa, se debe señalar que no existe ninguna definición legal del concepto "dependencias" a que se refiere el artículo 440 del Código Penal, aplicable en la especie al haber sido sorprendido uno de los acusados al interior de un antejardín del inmueble de calle Coloso N° 6776 y haberse perpetrado la sustracción con la colaboración del otro, desde el lugar precitado, por lo que hay que estarse a su significado natural y obvio,

en lo que se concuerda con la defensa, y es así que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima segunda edición, año 2001, pág. 748, en su acepción séptima, señala que se entiende por tal "cada habitación o espacio dedicado a los servicios en una casa", por ende, debe tratarse de un lugar que esté unido, contiguo y directamente comunicado con el lugar habitado y que se encuentre dentro de una misma esfera de resguardo que sólo puede burlarse por alguno de los medios que la ley señala en el artículo 440 del Código Punitivo. Consta de las fotografías signadas con los números 1, 2, 3, 4 y 5 incorporadas al juicio, que en la especie, el inmueble es una casa esquina, la que tiene un antejardín que es pareada hacia un lado y hacia el otro se encuentra el límite sur del antejardín con la calle Isabel La Católica, formando la casa con el antejardín un sólo todo, ubicados ambos dentro del perímetro enrejado y de panderetas de la casa habitación y que existe comunicación directa entre el antejardín y la casa, pues hacia el antejardín se sitúa una ventana y la puerta de acceso principal, en cuyo costado izquierdo, según se refieren los testigos Crooker y Luengo, se hallaba la moto a batería sustraída. Puerta y antejardín delimitados a su vez por una pandereta y rejas de fierro que las anteceden, de manera que a su vez para acceder a ambas, debe franquearse en forma previa la puerta de la reja que las antecede o el portón de acceso vehicular que lo hace en igual forma. Puertas las descritas, que Carabineros debieron golpear y que el testigo Luengo, pensionista de la misma, les abrió ambas, momentos después, ubicada a 2 metros de donde estaba estacionada la moto del niño de la casa, según los dichos de los testigos precitados, siendo evidente, en opinión de los jueces, que en tales circunstancias existía un peligro concreto para la seguridad de las personas que se hallaban en el interior de la casa durmiendo, que es precisamente el argumento del legislador para la graduación de la pena en estos casos.

La posición sustentada por la defensa, en cuanto intenta homologar "el antejardín" de la vivienda con el patio de la misma, no resiste mayor análisis. En efecto, conforme lo señala el ya citado diccionario, en su página 106 "antejardín", es el área libre comprendida entre la línea de demarcación de una calle y la línea de construcción de un edificio, que se suele dejar al descubierto (acepción primera).

En la audiencia se evidenció la existencia de un antejardín, no obstante la expresión usada en la acusación, ya que uno de los hechos ingresó justamente al espacio comprendido entre la línea de demarcación de calle Coloso y la línea de construcción de la vivienda allí situada, signada con el número 6776. De lo que se sigue que la defensa no es certera cuando indica que el tribunal está constreñido en su análisis de los hechos, a considerar literalmente la expresión patio usada en la acusación. Ello no es así, dado que al no hacerlo, el tribunal en nada afecta el derecho a defensa de sus representados, éstos, al igual que el defensor, en forma previa al presente juicio, tuvieron conocimiento cabal de cada una de las particularidades de los hechos contenidos en la acusación, por lo que para ellos no pudo resultar un hecho imprevisto y desconocido, que los testigos de cargo, en la investigación se hayan referido al antejardín de la casa habitación, de manera tal que siempre estuvieron en conocimiento de ello, pudiendo emplear atributos probatorios al efecto. Por lo que el intento de la defensa, es fútil, ya que se funda en una costumbre forense, que toma pie en un error de transcripción ó en un mal uso del lenguaje.

Como corolario, en opinión de los jueces, referirse a la jurisprudencia citada por la defensa, en abono a su teoría del caso, no es posible, toda vez y como se evidenció en la audiencia, todos ellos se refieren al ingreso a otro espacio de las viviendas, distintos del antejardín, como lo son los patios, la sustracción de especies que se encuentran en vehículo que se encuentran estacionados en estos, los que presentan modalidades que no son del caso analizar en la presente sentencia. Excepción hecha de aquel a que se ha referido, suscrito por uno de los jueces que integra la sala. El defensor ha indicado que en este dos sujetos escalaron el muro de una casa, siendo sorprendidos por los dueños de la casa, donde estaban sacando una lavadora. Se debe precisar que la causa RIT número 39 - 2003, se siguió en contra de Jonny Ventura Sánchez Maturana y no en contra de dos sujetos. En segundo lugar, de todos los antecedentes de dicha causa se infiere que el sujeto fue sorprendido en un patio y no en un antejardín como lo es el caso de autos.

En razón de lo analizado precedentemente, no se hará lugar a las peticiones de la defensa, en

primer lugar, de absolver a sus representados de la acusación fiscal y de recalificar el delito.

**DECIMOCUARTO:** Que, la Fiscalía indicó, que no obstante no haberse indicado en el auto de apertura, por omisión del Tribunal de Garantía respecto del delito, que perjudicaba a los acusados la agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 456 bis N° 3, del Código Penal, esto es la pluralidad de malhechores. El Tribunal accederá a su petición, puesto que la concurrencia de la misma fluye naturalmente de la forma de comisión del delito de robo en lugar destinado a la habitación en perjuicio de Rudy Cáceres Flores.

**DECIMOQUINTO:** En cambio beneficia a los acusados, la atenuante de responsabilidad criminal, contemplada en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, sus irreprochables conductas anteriores, la que fluye pacíficamente de la convención probatoria celebrada por los intervinientes, en la cual indicaron, que ambos acusados no han sido condenados anteriormente por crimen, simple delito o falta.

**DECIMOSEXTO:** Que, la agravante que los perjudica se la compensara racionalmente con la atenuante que los beneficia, no existiendo otras circunstancias de responsabilidad penal que considerar, quedando así el tribunal facultado para recorrer la pena en toda su extensión, considerando que la misma de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, es condigna al hecho.

**DECIMOSEPTIMO:** Que, no cumpliendo los sentenciados con ninguno de los requisitos contemplados en la ley 18.216, no se le concederá ninguno de los beneficios alternativos al cumplimiento de la condena que esta contempla atendido la extensión de la pena que se les impondrá.

Por todas estas consideraciones y teniendo además presente lo dispuesto en los Artículos 1, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 21, 22, 24, 25, 26, 28, 40, 50, 67, 432, 440 N° 1, 444, 454, 456 bis N° 3 del Código Penal, Artículos 47, 295, 296, 297 325 y siguientes, 340, 341, 342, 346 y 348 del Código Procesal Penal se declara:

**I.- Se condena a los acusados, MARIO NICASIO CABANA y a VÍCTOR MANUEL PAZ, ya individualizados, a la pena de cinco (5) años y un (1) día de presidio mayor en su grado mínimo, respectivamente, como autores del delito de robo en dependencias de un lugar habitado, en grado de consumado, en perjuicio de Rudy Cáceres Flores perpetrado el día 19 de agosto de 2004, en la ciudad de Antofagasta.**

II.- Se les condena asimismo, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo de la condena.

También por último, se los condena al pago en partes iguales de las costas de la causa.

III.- No cumpliéndose en la especie los requisitos señalados por la ley 18.216, no se le otorgará a los sentenciados ninguno de los beneficios alternativos que contempla, por lo que deberá cumplir efectivamente la pena privativa de libertad que le ha sido impuesta, la que se deberá contar desde el día 19 de agosto de 2004, fecha desde la cual han permanecido ininterrumpidamente privados de libertad, según consta del

auto de apertura de juicio oral de fecha 12 de noviembre de 2004.

IV.- Devuélvase al Ministerio Público los documentos incorporados a la audiencia.

Oficiése en su oportunidad a los organismos que correspondan para comunicar lo resuelto y remítanse los antecedentes necesarios al Juez de Garantía de la causa.

Regístrese.

Redactada por el Juez Jaime Medina Jara

Rit N 166- 2004.-

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA CLAUDIA LEWIN ARROYO, MYRIAM URBINA PERAN Y JAIME MEDINA JARA.



## CORTES DE APELACIONES

- **Rechaza recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público en contra del Juez de Letras y Garantía de Puerto Montt.**

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Puerto Montt.

**Resumen:**

*El Ministerio Público interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada en un juicio simplificado por el delito de manejo en estado de ebriedad, porque sólo condenó a una pena de multa sin suspender la licencia de conducir. La Corte acogió el recurso y ordenó la realización de un nuevo juicio por un Tribunal no inhabilitado. El Juez de Garantía que siguió el nuevo juicio, volvió a condenar sólo a pena de multa, interponiendo la Fiscalía un recurso de queja en su contra. La Corte rechazó el recurso haciendo suyos los argumentos del juez en el sentido que él tiene la libertad de interpretar la ley de acuerdo a sus propios criterios, no constituyendo una falta grave o abuso no coincidir con la interpretación del Ministerio Público, o de la Corte de Apelaciones.*

**Texto completo:**

Puerto Montt, tres de septiembre de dos mil cuatro.

**VISTOS:**

A fojas 21, comparece doña Patricia Varas Pacheco, Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Puerto Montt, quien de conformidad a los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales interpone recurso de queja en contra del Juez de Garantía de Puerto Montt don Patricio Rondini, quien con fecha 30 de abril de 2004, conoció y falló la Causa Ruc 040008174-K, Rol Interno 48-2004, sobre Manejo en Estado de Ebriedad causando daños y lesiones leves, seguida en contra de Patricio Luis Bustos Iturrieta.

Dicha causa se falló en audiencia de juicio simplificado, ordenado realizar por la Il. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en atención a que con fecha 30 de marzo de presente año, y con motivo del conocimiento de un recurso de nulidad presentado por el Ministerio Público, este Tribunal acogió el mismo declarando nula la sentencia de 16 de febrero de 2004, como asimismo lo obrado en la audiencia dictada y realizada por la Juez de Garantía de Puerto Montt, doña Marcela Araya Novoa. Indi-

ca que en esa sentencia se condena a Luis Patricio Bustos como autor del delito de manejo en estado de ebriedad causando daños y lesiones leves a pagar una multa de 5 UTM, y se incurrió en falta o abuso grave al dictar la sentencia de 30 de abril del año en curso en atención a que al conocer esta Corte del recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, acogió el mismo por estimar que existió errónea aplicación del derecho al imponerse por parte del juez a quo solamente la pena de pago de una multa y no condenar al imputado a la suspensión de su licencia de conducir. Agrega que el considerando cuarto de la sentencia dictada por esta Corte expresa que a juicio de estos sentenciadores la Juez de Garantía carece de facultades para dejar de aplicar la norma imperativa contenida en el inciso 5º del artículo 121 de la ley 17.105 más aún cuando dio cumplimiento a la norma contemplada en la letra b) del artículo 122 bis de la misma, esto es, le informó al imputado de todas las penas copulativas y accesorias que de acuerdo a la ley pudieren corresponderle cualquiera sea su naturaleza. Señala que no obstante lo anterior, el juez a quo no inhabilitado, en una nueva audiencia de juicio simplificado, condenó al imputado sólo a una multa, sin aplicar la suspensión de la licencia

de conducir solicitada por el Ministerio Público, lo que a juicio del Ministerio Público constituye falta o abuso grave. Indica que el Magistrado Rondini señala en su sentencia que estos casos son los que ponen a prueba la independencia, autonomía y libertad que debe tener un juez al momento de fallar, es decir, un juez debe fallar de acuerdo con su leal saber y entender en la aplicación de las normas procesales lo que se refleja en la garantía de imparcialidad e independencia que establece el Código Procesal Penal en su artículo 1°. Sin embargo, a juicio de la Fiscal recurrente la imparcialidad e independencia de un juez no se reflejan por el hecho de fallar en contra de lo que en este caso resolvió la Corte de Apelaciones sino que haciendo una correcta aplicación del derecho. Por todo lo anterior solicita acoger el recurso de queja deducido, anulando la sentencia impugnada y dictando sentencia de reemplazo, condenando expresamente al imputado a la pena de multa y a la accesoria de suspensión de licencia de conducir además de aplicar las medidas disciplinarias del caso si se estima pertinente y conveniente.

A fojas 70, rola informe del Juez de Garantía Patricio Rondini Fernández Dávila, quien expone en primer término respecto de la improcedencia del recurso señalando que el fundamento del recurso es la interpretación que esa magistratura ha dado al artículo 395 del Código Procesal Penal, es decir, la falta o abuso grave radicaría en el hecho de no compartir el alcance que a dicha disposición otorga el Ministerio Público. Así las cosas resulta improcedente el recurso en cuestión, toda vez que su carácter es disciplinario y no una vía de impugnación de sentencias respecto de las cuales no se comparte el criterio del sentenciador. Agrega que, de aceptarse el recurso de queja fundado en el simple hecho de no compartir una interpretación jurídica se estaría afectando la libertad e imparcialidad que todo juez debe tener al momento de fallar, se estaría vulnerando el ejercicio de la jurisdicción consagrado en el artículo 73 de la Constitución Política del Estado.

En cuanto a la interpretación que realiza esa magistratura del artículo 395 del Código Procesal Penal con relación al manejo en estado de ebriedad, expone que dicha norma regula dos situaciones diversas, la primera cuando habiendo

aceptación de responsabilidad no concurren antecedentes calificados y la segunda cuando concurren dichos antecedentes. Así las cosas, de no existir antecedentes calificados se aplica únicamente pena de multa y, en el caso de existir dichos antecedentes se aplica la pena de prisión. Indica que no hay ninguna modificación legal que señale que cuando no concurren antecedentes calificados se puede aplicar una pena diversa de la multa, tan sólo se ordena agregar a la advertencia que de concurrir antecedentes calificados no sólo se podrá aplicar la pena de prisión sino también todas las penas copulativas y accesorias que corresponden al delito de manejo en estado de ebriedad. Señala que al respecto la Corte Suprema ha realizado una interpretación similar a la anteriormente expuesta y al efecto acompaña dos fallos en dicho sentido de fecha 27 de marzo de 2002 y 11 de septiembre de 2003. Agrega que en el caso concreto estimó que para los efectos del artículo 395 no existían antecedentes calificados y por lo mismo aplicó únicamente pena de multa. Además debe tenerse presente que esa magistratura advirtió al imputado que podía aceptar responsabilidad y aplicársele solamente pena de multa, sin perjuicio que de concurrir antecedentes calificados podría sancionársele con pena de prisión, multa, suspensión de licencia, suspensión de cargos y oficios públicos, más las costas. Es decir, se le señaló que de no concurrir antecedentes calificados sólo se le aplicaría pena de multa. Señala que es importante indicar que la Srta. Fiscal no manifestó ningún reparo a la advertencia y en consecuencia debe entenderse su aceptación en orden a que de no concurrir antecedentes calificados se le aplicará sólo pena de multa. Finalmente se hace cargo del argumento de hecho que impone que al momento de interpretarse las normas debe realizarse de forma que no se llegue a absurdos, sustentándose en que sería más grave para el imputado un manejo bajo la influencia del alcohol que un manejo en estado de ebriedad, al respecto indica que hoy en día esa situación no ocurre ya que siempre va a existir la posibilidad de aplicar el artículo 395 del Código Procesal Penal, sea que el manejo bajo la influencia del alcohol lo conozca el Juez de Policía Local o el Juez de Garantía, pues siempre va a estar sujeto al procedimiento simplificado.

Con lo relacionado y considerando:

Primero: Que el Ministerio Público ha deducido recurso de queja en contra del Juez de Garantía de Puerto Montt, Patricio Rondini Fernández-Dávila, quien en su concepto habría cometido grave falta o abuso con ocasión de la dictación de la sentencia en juicio simplificado seguido contra Patricio Luis Bustos Iturrieta, al no sancionarlo con la pena accesoria de suspensión de licencia de conducir, en circunstancias que conociendo de la misma causa, se acogió por esta Corte recurso de nulidad en contra del fallo de la Juez de Garantía doña Marcela Araya Novoa, considerando estos sentenciadores que el Juez de Garantía carece de facultades para dejar de aplicar la norma imperativa del artículo 121 inciso 4º de la Ley No. 17.105, declarando por tanto que existió errónea aplicación del derecho.

Segundo: Que a su vez, el Juez recurrido en su informe discurre sobre la base que el recurso de queja se funda en el hecho de no compartir esa magistratura la interpretación que respecto al artículo 395 del Código Procesal Penal hace el Ministerio Público y que por tanto la falta o abuso grave radicaría en darle un alcance distinto a una disposición legal. Señala que la norma citada regula dos situaciones diversas, la primera cuando habiendo aceptación de responsabilidad no concurren antecedentes calificados y, la segunda, cuando concurren dichos antecedentes. En el primer de los casos se aplica únicamente pena de multa y en el caso de existir dichos antecedentes, se aplica pena de prisión.

Tercero: Que así las cosas, corresponde dilucidar si la interpretación que sostiene el juez recurrido en su sentencia es constitutiva de la falta o abuso grave que se le impetra, al tenor de lo preceptuado por el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, para lo que deberá tenerse en cuenta, en primer término, que la aplicación de la norma objeto del recurso ha admitido interpretaciones jurisprudenciales afines a la tesis sustentada por el juez recurrido, como se desprende de los fallos de

la Excma. Corte Suprema de fechas 27 de marzo de 2002 y 11 de septiembre de 2003, cuyas copias rolan en autos en que conociendo de recursos de nulidad han fallado en uno y otro sentido.

Cuarto: Que por tanto nada impide al Juez a quo recurrido sostener una interpretación distinta a la sustentada en la sentencia que acogió el recurso de nulidad en los autos seguidos contra el mismo imputado, desde que no existe en nuestro ordenamiento jurisprudencia que sea de carácter obligatorio para los jueces.

Quinto: Que en virtud de lo expuesto y teniendo presente que el juez recurrido no ha fallado contra texto expreso, sino por el contrario, haciendo uso de sus facultades interpretativas frente a un precepto legal que no admite una aplicación meramente exegética, y si lo ha hecho de una manera distinta a la tesis sustentada por esta Corte conociendo del recurso de nulidad, no por ello ha cometido alguna falta o abuso grave que amerite acoger el recurso de queja interpuesto, razón por la cual habrá de ser desestimado.

Con lo expuesto, y visto lo dispuesto en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, se declara:

Que no se hace lugar al recurso de queja interpuesta en lo principal de la presentación de fojas 21, por la Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Puerto Montt, en contra del Juez de Letras y Garantía de Puerto Montt, don Patricio Rondini Fernández Dávila.

Redacción del Presidente don Jorge Ebensperger Brito.

Pronunciada por los Ministros don Jorge Ebensperger Brito y don Hernán Crisosto Greisse y abogado integrante don Pedro Campos Latorre. No firma el Ministro Hernán Crisosto Greisse por encontrarse en comisión de servicio. Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol No. 12- 2004

- **Acoge, en voto dividido, recurso de nulidad presentado por el Ministerio Público por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.**

**Tribunal: Corte de Apelaciones de Antofagasta.**

**Resumen:**

*En audiencia de juicio oral simplificado, el Tribunal de Garantía condenó al acusado como autor del delito de lesiones menos graves a la pena de sesenta días de prisión en su grado máximo. La Fiscalía recurrió de nulidad argumentando que el artículo 395 del Código Procesal Penal utiliza el término prisión en el sentido genérico y natural de pena privativa de libertad, por lo que se había vulnerado los artículos 1, 7, 67 y 399 del Código Penal, incurriéndose en la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal. La Defensa sostuvo que, además de no tratarse de un error que hubiera producido un defecto esencial, dicho artículo busca beneficiar al acusado que admite responsabilidad estableciendo como pena máxima, en casos calificados, la pena de prisión en sentido estricto, así como que habiendo dudas en la interpretación exacta del vocablo, la duda debía inclinarse a favor del acusado. La Corte acogió el recurso, coincidiendo con la interpretación del Ministerio Público en el sentido de referirse el término prisión a todas las modalidades de privación de libertad, y habiéndose tratado del delito contemplado en el artículo 399 del Código Penal, y cumpliendo con el principio constitucional de reserva, es la pena prevista en dicho artículo la que procedía ser aplicada.*

**Texto completo:**

Antofagasta, veintiocho de Octubre del dos mil cuatro.

**VISTOS:**

Con fecha 13 de Octubre en curso, se realizó ante la segunda Sala de esta Corte de Apelaciones, la audiencia para conocer el recurso de nulidad deducido por el Fiscal Adjunto de Tocopilla señor Bernardo Orellana Fernández, en contra de la sentencia definitiva dictada en los autos RIT 389-2004, por el Tribunal de Garantía de la misma ciudad, con fecha 10 de Septiembre pasado, que condenó al requerido Juan Elías Torres Guerrero como autor del delito de lesiones menos graves en perjuicio de Carlos Ricardo Muñoz Lara, a objeto que este Tribunal de Alzada, acogiéndolo, invalide tanto dicha sentencia dictada en la audiencia de juicio oral simplificado celebrada el 06 del citado mes de septiembre, y el juicio oral realizado en procedimiento simplificado durante la misma audiencia, y ordene la realización de un nuevo juicio por tribunal no inhabilitado. Funda el recurso en la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, al haberse hecho en el fallo recurrido una

errónea aplicación del derecho que ha tenido una notable influencia en su parte dispositiva, consistente en la aplicación de una pena de prisión por parte del tribunal a quo, al entender que el imputado, al admitir responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento y concurrir antecedentes calificados debía ser condenado a dicha pena. Se refiere a los hechos, precisando que estos ocurrieron el día 16 de enero del 2004, aproximadamente a las 16:00 horas, en circunstancias que la víctima Carlos Ricardo Muñoz Lara se encontraba en el interior del negocio de expendio de cervezas denominado Las Américas, ubicado en calle Bolívar 1270, Tocopilla, compartiendo con algunos amigos, entre los que se encontraba el imputado, quien al observar que aquel se dirigió al sector el baño del local, lo siguió y mientras la víctima orinaba lo atacó por la espalda, a la altura del cuello provocándole una herida cortante cervical, complicada, con daño muscular y vascular, lesiones de mediana gravedad según informe del Servicio Médico legal de Antofagasta. Indica en su escrito que el día 6 de

Septiembre del 2004, se realizó la audiencia de juicio simplificado en el cual el imputado admitió responsabilidad, ante lo cual y después de cumplidas las formalidades legales, se dictó la sentencia que se impugna, de sesenta días de prisión en su grado máximo y a la suspensión de cargos u oficio público durante el mismo período de tiempo, por su participación como autor del mencionado delito de lesiones menos graves. En el recurso el Ministerio Público señala que el Tribunal de Garantía ha efectuado una errónea aplicación del derecho al no cumplir con lo dispuesto en los artículos 1, inciso 1º, 7, 67 y 399 del Código Penal y 395 del Código Procesal Penal, en un caso en que debía ser aplicada estas disposiciones, lo cual influyó substancialmente en lo dispositivo del fallo, ya que de haberse procedido en forma correcta, la condena debió ser de prisión menor en su grado mínimo, si se considera que el requerimiento fiscal, sometido a las normas del procedimiento simplificado se trató de un delito de lesiones menos graves, cuya penalidad conlleva sanción privativa de libertad, además de las accesorias legales. Agrega que resulta claro que el mencionado artículo 395 consagra un particular estatuto, aplicable al procedimiento simplificado, tratándose de faltas, el cual por decisión legislativa su aplicación se extendió a aquellos casos en que se trata de simples delitos con penas privativas de libertad que no excedan de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, por lo cual, ante casos como el de autos, en que la sanción asignada al simple delito es mayor que la que se impone a las faltas, debe entenderse el citado artículo 395 en el sentido que el término prisión está tomado en su sentido natural y obvio, concerniente a la privación de libertad mediante cárcel, comprendiendo los conceptos de prisión, presidio o reclusión, no siendo admisible, dentro de este contexto, que el artículo que comenta derogue la generalidad de las penas que se encuentran establecidas para los simples delitos, ni que posea el carácter de norma sustantiva derogatoria, pues la finalidad de dicha disposición fue la de otorgar al juez la facultad de aplicar multa o una pena privativa de libertad ante la comisión de faltas o simples delitos y cuando el imputado admita responsabilidad, por lo que, al imponerse al imputado una pena de prisión por un simple delito, el tribunal de primer grado actuó más allá de los márgenes que permite el artículo 67 del Código Penal, y de esta manera la sentencia ha incurrido en una

errónea aplicación del derecho que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo.

En la audiencia participaron, por el Ministerio recurrente la abogada señorita Lorena Libano Rivera y por la Defensoría Penal Pública, el abogado señor Marco Montero Cid. En su primera intervención el letrado del Ministerio Público se explaya y comenta las consideraciones de hecho y de derecho contenidas en el recurso, insistiendo en aspectos que a su juicio son fundamentales para establecer la errónea aplicación del derecho. En primer lugar que el término prisión debe entenderse y aplicarse en su sentido natural y obvio, y por ende comprensivo de toda privación de libertad. A continuación, en cuanto al artículo 395 del Código Procesal Penal, indica que ésta es una norma ordenatoria litis, y por lo mismo, que en la especie no ha podido aplicarse una pena que exceda la normativa contemplada en el artículo 67 del Código Penal, al mismo tiempo que comenta una sentencia dictada por esta Corte con fecha 11 de Diciembre del año pasado, que se pronunció al tenor de los antecedentes que fundamentan el recurso. Por su parte el Defensor Público señor Montero rechaza la causal invocada por el Ministerio recurrente para pedir la invalidación de la sentencia y del juicio oral instruido por el Juzgado de Garantía de Tocopilla, pues este tribunal no incurrió en errónea aplicación del derecho al aplicar la pena que se impugna, si se tiene en cuenta que el vocablo prisión es un tema que ha sido profusamente debatido, en cuanto a su ámbito de aplicación, y que por lo mismo existen opiniones distintas, advirtiendo que la Excma. Corte Suprema ha dicho, en este evento, que el fallo debe inclinarse favorablemente al inculpado, como una recompensa cuando éste ha reconocido su culpabilidad, pues dicho reconocimiento es una renuncia de su derecho a un juicio oral previo y público, atendido que la renuncia no es gratuita, señalando que la misma Corte ha expresado que la compensación que procede debe ser favorable al imputado, por lo cual, en la especie, éste debe ser sancionado con una pena menor a la del tipo penal que en abstracto señala el Código Penal, que de conformidad al artículo 395 es de multa o de prisión, en una aplicación restringida de su texto y no con la amplitud que pretende el Ministerio Público. Agrega que tratándose de normas penales cuya interpretación no sea del todo feliz, por su redacción debe admitirse a favor del imputado, conforme a las prevenciones del

artículo 5° del Código del ramo. En apoyo a sus argumentos para que no se acoja el recurso, señala que el error que preconiza el Ministerio Público no ha influido en forma sustancial en lo dispositivo del fallo, es decir, podría ser un defecto no esencial, no causante de nulidad, conforme lo previene el artículo 375 del Código Procesal Penal. A este respecto indica que el Código Penal sanciona las lesiones menos graves con penas privativas de libertad o con multa, luego no habido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo al haberse podido aplicar una pena pecuniaria. Recuerda en su intervención que tan clara es la posición del máximo Tribunal de la República, que ha motivado una modificación del artículo 395 del Código Procesal Penal en los términos que preconiza el Ministerio Público. En una segunda ronda del debate sostenido por los intervinientes, sólo el Ministerio Público confirma los afanes legislativos tendientes a modificar el artículo 395 tantas veces citado.

**CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el Ministerio Público recurrente funda el recurso en la causal contemplada en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, atendido que la sentenciadora incurrió en error de derecho con notable influencia en lo dispositivo del fallo dictado con fecha 10 de Septiembre del presente año, por efecto del cual aplicó una pena de sesenta días de prisión en su grado máximo y a las accesorias legales al imputado Juan Elías Torres Guerrero, en su calidad de autor del delito consumado de lesiones menos graves en perjuicio de Carlos Ricardo Muñoz Lara, en circunstancias que le correspondía una condena de presidio menor en su grado mínimo, atendida la penalidad prevista en el artículo 399 del Código Penal.

**SEGUNDO:** Que, si bien es cierto que cuando el imputado admite su responsabilidad en el procedimiento simplificado, en lo que respecta a los hechos, el tribunal debe aplicar únicamente pena de multa, no es menos valedero que la ley lo faculta para imponer una pena privativa de libertad en el evento de concurrir antecedentes calificados que justifiquen su aplicación.

**TERCERO:** Que, aún cuando el artículo 395 inciso 2° del Código Procesal Penal, cumplidas las hipótesis señaladas en el motivo que antecede, contempla la pena de prisión, este concepto debe entenderse en la amplitud concebida por el legislador, esto es, que comprende toda privación de libertad,

más si se tiene en cuenta que primitivamente el procedimiento simplificado fue concebido sólo para la falta y que finalmente se extendió a los simples delitos para los cuales el Ministerio Público requiere la imposición de una pena que no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, a menos que el imputado se someta a la tramitación del procedimiento abreviado, conforme lo dispone el artículo 338 del mismo texto procesal. En consecuencia, si esta última disposición contempla el procedimiento simplificado para los simples delitos cuya penalidad no excede de la que señala, la mención del artículo 395 a la pena de prisión debe entenderse referida graduada a la de presidio, de acuerdo al artículo 21 del Código Penal,

**CUARTO:** Que, examinado este parecer con los argumentos del Defensor Público, en cuanto a que la admisión de responsabilidad en los hechos por parte del imputado le otorga a éste una compensación en la imposición de la pena, traducida en un tratamiento benigno en lo que respecta a su culpabilidad y a la pena que en definitiva se le asigne, tal entendimiento no puede conducir a la derogación o modificación de las normas que condenan los hechos ilícitos en sus diversos tipos, a menos de no respetar el principio de reserva o tipicidad contenido en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República, toda vez que el artículo 395 del Código Procesal Penal es una norma ordenatoria litis que apunta a la brevedad y economía procesal, en beneficio del imputado y de la sociedad representada por el Ministerio Público.

**QUINTO:** Que los razonamientos precedentes adquieren fuerza ante los anuncios de modificación del cuestionado artículo 395 del Código Procesal Penal, tendiente a recoger la tesis que propugna que el término prisión debe entenderse en su sentido natural y obvio, comprensivo de toda modalidad de privación de libertad que contempla nuestra legislación, con lo cual, es dable esperar, se terminen las discusiones a su respecto.

**SEXTO:** Que conforme se ha razonado, es indudable que en el pronunciamiento de la sentencia dictada por la señora juez a garantía de Tocopilla se hizo una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En efecto, la errónea aplicación del derecho y la sustancial influencia de ello en la decisión jurisdiccional que se examina, queda de manifiesto en el equivocado juicio que se hizo en lo que respecta a la

extensión de la pena de prisión a que se refiere el citado artículo 395, como aquella definida en el artículo 25 del Código Penal, cuya duración es uno a sesenta días, en circunstancias que, como ha quedado establecido, dicho vocablo comprende todas las modalidades de privación de libertad que contempla la legislación penal, restringida interpretación que al incidir sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, condujo a la imposición de una pena de prisión en su grado máximo que no correspondía, ya que con la tipicidad del ilícito investigado se imponía la aplicación de algunas de las contempladas en el artículo 399 del Código Penal, que sanciona el delito de lesiones menos graves en que incurrió el imputado, de conformidad con el principio de reserva contemplado en la Carta Fundamental, predicamento que desvirtúa lo alegado por la Defensa del imputado en cuanto a que el defecto comentado no ha revestido el carácter esencial.

**SÉPTIMO:** Que conforme a estos argumentos, el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público debe ser acogido pues en la dictación de la sentencia impugnada se ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, configurándose la causal contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

Por estas consideraciones, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 372 y siguientes del Código Procesal Penal, **SE ACOGE** el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia del juicio oral simplificado de fecha diez de Septiembre del año dos mil cuatro, dictada por el Tribunal de Garantía de Tocopilla, y **SE DECLARA** que se anula el juicio oral y la sentencia, debiendo procederse a un nuevo juzgamiento por un tribunal no inhabilitado.

Acordada con el voto en contra de la Ministro Titular, Sra. Gabriela Soto Chandía, quien estuvo por rechazar el recurso interpuesto, considerando que la sentencia dictada por doña Marisol Ponce Toloza, Juez de Garantía de Tocopilla, al determinar la pena en los términos en que lo hizo, no incurrió en una errónea aplicación del derecho que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto se ciñó estrictamente a lo que dispone el artículo 395 del Código Procesal Penal, norma que aplicó a cabalidad ya que, frente al reconocimiento del hecho que hizo Juan Elías Torres Guerrero y su renuncia al proceso penal, sólo cabe aplicar la pena de multa y excepcionalmente la de prisión, debiendo imponerse esta última en los términos en que es definida por el artículo 25 del Código Penal, dándole su significado legal, de acuerdo a las normas de interpretación básicas establecidas en nuestro sistema jurídico, razones que hacen concordar a la disidente con lo razonado por la juez a quo en el motivo décimo de su fallo. Más aún, la circunstancia de que existan anuncios en el sentido de que hay intención del legislador de modificar tal disposición, para darle otro sentido, demuestra que su actual redacción no admite interpretación diversa a aquella efectuada por la juez de la instancia, teniendo presente además, que en la especie estamos frente a un delito de acción pública previa instancia particular, respecto del cual resultan procedentes los acuerdos reparatorios, de acuerdo a fundamentos político-criminales de nuestro actual sistema procesal penal.

Regístrese y devuélvase.

Rol 161-2004

Redacción del abogado integrante señor Alfonso Leppes Navarrete y del voto disidente, su autora.

- **Rechaza recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la resolución que no dio lugar al sobreseimiento definitivo.**

**Tribunal: Corte de Apelaciones de Antofagasta.**

**Resumen:**

*La Defensa apeló la resolución del Juez de Garantía que rechazó el sobreseimiento definitivo solicitado en virtud de lo dispuesto en el artículo 250 letras a) y b) del Código Procesal Penal. El Ministerio Público sostuvo que solicitar el sobreseimiento definitivo por dichas causales es de su resorte exclusivo, una vez declarada cerrada la investigación, por cuanto él es quien la dirige, además de no resultar procedente que en esta etapa procesal el Juez de Garantía se pronuncie respecto del fondo del asunto. La Corte rechazó el recurso haciendo suyos los argumentos de la Fiscalía. Ello, porque a la fecha de la solicitud la investigación no estaba cerrada, y de acuerdo a los artículos 248 y 250 del Código Procesal Penal, es exclusivamente al Fiscal a quien corresponde, una vez que ésta ha sido cerrada, decidir si corresponde solicitar el sobreseimiento definitivo en virtud de alguna de las causales del artículo 250 del código citado.*

**Texto completo:**

En **MARIA ELENA**, a dieciséis de Septiembre dos mil cuatro, siendo las 10:30 horas, ante este tribunal se lleva a efecto la audiencia de ampliación de plazo solicitada por el Ministerio Público y de discusión de sobreseimiento definitivo solicitada por el defensor privado del imputado Orlando Cortés Sarmiento.

**Juez:** Dirige la audiencia la Srta. Marisol Ponce Toloza.

Asisten:

**Fiscal:** Francisco Soto Toro, Fiscal adjunto jefe de la Fiscalía local de Tocopilla y María Elena y Liborio Fajardo Vega Fiscal adjunto subrogante de María Elena.

**Querellante:** Oscar Delgado Cortés, abogado del Consejo de Defensa del Estado, por el Fisco de Chile.

**Defensor Penal Público:** Bessy Pla Saavedra. (Por Giovanna Saavedra Villalobos)

**Defensor Penal Privado:** Luis Bastías Eyzaguirre. (Por Orlando Cortés Sarmiento)

No asiste el Defensor penal privado Jorge Arancibia Gallardo, no obstante haber sido notificado de la resolución que citaba a esta audiencia en forma personal el 08 de septiembre de 2004 según consta en la carpeta judicial.

**Imputado:** Orlando Cortés Sarmiento.

**US.** Hace presente que en la causa se han fijado plazos de cierre de investigación distintos respecto a los imputados Orlando Cortés Sarmiento y Giovanna Saavedra Villalobos y se ha mantenido el plazo legal para el imputado Santiago Lambert Escobar y atendido que el señor Fiscal ha solicitado audiencia para solicitar una prórroga en el plazo de cierre de la investigación de los imputados Cortés y Saavedra, el tribunal abre debate respecto a esa petición, solicitando a los intervinientes –de conformidad a lo dispuesto en el artículo 234 del Código Procesal Penal- que dirijan su alegación en orden a uniformar el plazo de cierre de investigación respecto a los tres imputados, materia respecto a la cual, además, la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta ya ha establecido un criterio que dice relación con la armonía del plazo de cierre de investigación cuando se trata de los mismos hechos, aún cuando sean varios los imputados.

**Fiscal:** Señala que ha solicitado la prórroga en el plazo de investigación por cuanto existen una serie de diligencias pendientes, éstas son:

1) El Ministerio Público debe constituirse en el Primer Juzgado de Policía Local de la ciudad de Antofagasta, con el objeto de realizar una búsqueda exhaustiva de algunas de las causas por infracción al tránsito, que se tramitaban en dicho Tribu-

nal que se relacionan con testigos que obtuvieron algún permiso provisorio; ya que estos expedientes no han sido remitidos a esta Fiscalía Local, señalando dicho Juzgado que los mismos fueron remitidos en su oportunidad "al Tribunal de origen".

2) Se encuentra pendiente un informe pericial realizado por el perito caligráfico de la ciudad de Iquique, don Williams Contreras, a los 21 permisos provisorios que se le han imputado a la Señora Giovanna Saavedra Villalobos, pericial que se realizó el día 14 de Septiembre del pasado y que, de acuerdo a lo señalado por el perito, se tomaría 30 días para evacuar dicho informe.

3) Asimismo, se encuentran pendientes una serie de requerimientos de información que se han solicitado a la Municipalidad de María Elena respecto de viáticos, feriados legales, solicitud de permisos administrativos, presentados por el señor imputado Santiago Lambert Escobar y referidos a las distintas personas que trabajaron en el Juzgado de Policía Local;

4) Está pendiente, igualmente la información requerida respecto a doña Emilia Rojas, en orden a establecer si tenía algún decreto de nombramiento y, en su caso, obtener la remisión del mismo. Respecto de dicha información, la secretaria municipal de María Elena doña Paola Solari Montenegro, solicitó mediante oficio 010-04 de fecha 08 de septiembre, una ampliación por 25 días respecto del plazo original fijado para evacuar lo pedido, ya que parte de los antecedentes requeridos no se encuentran en las dependencias de la Municipalidad de María Elena, encontrándose algunos en bodega o en la Contraloría Regional, lo que dificulta reunir la información solicitada;

5) Respecto a la cuarta diligencia pendiente, una vez que se recibió el día 20 de Junio 2004 en la Fiscalía Local de María Elena, los resultados respecto de la instrucción particular impartida a la Policía de Investigaciones de Tocopilla relativa a una serie de interrogatorios que debían realizarse en la ciudad de Copiapó y Santiago a personas que habían obtenido permisos provisorios, se obtuvo como resultado que aparecieron involucrados terceras personas, encontrándose pendiente el interrogatorio de las mismas.

Finalmente, en razón de todas las diligencias que se han señalado, solicita ampliar la investigación judicial por 60 días, a contar de la fecha de expiración del plazo anterior fijado para el imputa-

do Orlando Cortés, estableciéndolo para todos los imputados.

**Querellante:** Manifiesta que está de acuerdo con los fundamentos expuestos por el señor Fiscal, para los efectos de solicitar la ampliación, toda vez, que son esenciales para determinar la participación de los imputados.

**Defensora penal privado:** Señala que, si bien loas diligencias señaladas por el Ministerio Público no se refieren a su defendido Orlando Cortés Sarmiento, respecto del cual entiende que no hay diligencias pendientes, en orden a la fijación de un plazo de investigación en conjunto, manifiesta que no formula oposición.

#### **EL TRIBUNAL RESUELVE:**

Cerrando el debate respecto de la solicitud expresada por el Ministerio Público, apareciendo revestida de fundamento por cuanto ha detallado en forma circunstanciada una serie diligencias que se encuentran pendientes, y que son necesarias para la conclusión de la investigación y, de conformidad a lo establecido en el artículo 234 del Código Procesal Penal, se accede a lo solicitado, prorrogando el plazo de cierre establecido para el imputado Cortés, esto es desde el 26 de Agosto 2004, precisándose que este plazo regirá respecto a los tres imputados en esta causa, expirando el mismo el 25 de octubre de 2004.

**US.** Otorga la palabra al defensor penal privado Luis Bastías.

**Defensor particular:** Manifiesta que ha solicitado el sobreseimiento definitivo de la presente investigación respecto del imputado Orlando Cortés Sarmiento, invocando el artículo 250 del Código Procesal Penal, es sus letras a) y b) toda vez, que los hechos investigados respecto de este imputado no son constitutivo de delito y atendido, además, que de los antecedentes recabados por la Fiscalía se puede concluir la inocencia del señor Cortés Sarmiento.

Señala que respecto de la primera materia, habiendo sido formalizada investigación por parte de la Fiscalía por infracción al artículo 196 letra a) de la Ley 18.290, en el hecho nos encontramos frente a un delito imposible respecto del imputado Cortés Sarmiento, toda vez, que la figura penal invocada se refiere sólo a los funcionarios públicos que participaron en la emisión indebida de permisos para conducir. Manifiesta que, en este caso y atendido el carácter del bien resguardado referido a la fe

pública, en el delito señalado no es posible sostener la comunicabilidad del mismo a un particular, como es el caso del señor Cortés Sarmiento. Agrega, que se le ha imputado a su defendido la calidad de autor del citado delito, invocando en su querrela el Consejo de Defensa del Estado el numeral tercero del artículo 5 del Código Penal, lo que no comparte, estima que del mérito de la investigación sólo puede invocarse respecto del imputado Cortés Sarmiento la calidad del inductor del delito por parte de funcionarios públicos que lo habrían involucrado como es el caso del señor alcalde de la ilustre municipalidad de María Elena y la funcionaria pública Giovanna Saavedra. Añade que, en relación a la calidad de autor, solo se puede analizar a la luz del artículo 15 N° 2 del código penal, ya que la especie no se configuran los presupuestos penales para atribuirles en la calidad de autor, agregando que se aceptado por la doctrina jurisprudencia que la inducción debe ser suficiente, debe tener una fuerza moral eficiente para lograr la acción por parte del funcionario público, acción indebida que configura el delito. Manifiesta, que resulta plausible considerar que el señor Cortés Sarmiento, tuvo una fuerza moral, cívica social de tal magnitud que pudo haber tenido la suficiencia para inducir al señor Alcalde de María Elena a cometer una acción indebida. En todo caso, agrega, del propio merito de la investigación que ha desarrollado la Fiscalía se establece que la conducta reprochada al señor alcalde sería un conducta reiterada en el tiempo, respecto de lo cual no se requeriría inducción alguna por parte de tercero.

Precisa que, no concurriendo en la especie los supuestos para entender una autoría por inducción no es posible imputar al señor Cortés Sarmiento la calidad de autor del delito contemplando en el artículo 196 letra a) en relación al artículo 15 del Código Penal. Señala que la defensa a solicitado el sobreseimiento de la causa ya que del análisis de la investigación desarrollada por la Fiscalía se puede concluir que se atribuye una eventual participación del señor Cortés Sarmiento en los hechos investigados solo con las declaraciones prestadas por el señor Roco Huerta y por la imputada Giovanna Saavedra. Respecto al señor Roco Huerta señala que, de manera reiterada y manifiesta a cambiado sus versiones de los hechos investigados, evitando así que se establezca su propia responsabilidad penal en los mismos, por lo involucra a terceros.

Asimismo, con fecha 03 de febrero del 2004, la imputada Giovanna Saavedra declara en forma absolutamente contradictoria con lo señalado por el señor Roco Huerta, ya que este afirma nunca haber conversado con el Señor Alcalde para los efectos de la obtención de los permisos provisorios y no haber concurrido nunca a la municipalidad de María Elena para tales efectos, no obstante, la señora Giovanna Saavedra si afirma que el señor Roco Huerta fue personalmente a hablar con el señor alcalde con el objeto de obtener permisos provisorio. Señala que, atendido la contrariedad y ambivalencia de la declaraciones de las únicas personas que imputan alguna participación al señor Cortés Sarmiento en la investigación, estos antecedentes revisten falta de seriedad, valoración y probatoria que posibilitan determinar que no existe o no puede existir convicción de participación alguna en los hechos de parte del señor Cortés Sarmiento.

Básicamente, en atención a esas consideraciones legales de estos antecedentes de hecho que obran en la investigación hasta el momento, es que no puede configurarse delito alguno en contra del señor Cortés Sarmiento, menos entenderse que hay antecedentes que permitan presumir una participación de su parte, por todo lo cual solicita el sobreseimiento definitivo de la causa.

**Fiscal:** Señala que se opone a la solicitud de sobreseimiento definitivo del abogado defensor en base a los siguientes argumentos: El abogado defensor ha efectuado un lato análisis de la carpeta de investigación fiscal, extractando de ellas las declaraciones de los testigos, asimismo ha vertido expresiones tales como, "la existencia de una valoración probatoria de los mismos", "la convicción del tribunal no va a ser suficiente", "que no existe participación de su representado en los hechos que son materia de la investigación fiscal" etc. Sin embargo, el Ministerio Público sostiene que lo que se discute y lo que debe resolver en la presente en la presente audiencia tiene fundamental importancia para lo que es el sistema procesal penal y para la constitución de este organismo independiente que es el Ministerio Público, a quien por mandato constitucional se le ha encomendado la obligación de investigar todos los hechos que revisten características de delito, así como la participación de las personas involucradas en los mismos, basado en el principio de objetividad, es decir, tanto los hechos que pudieran favorecer a una persona como aque-

llos que lo pudieran perjudicar. Señala que al acoger la solicitud de la defensa, es decir, acoge un sobreseimiento definitivo, entraría este tribunal a conocer los antecedentes que dicen relación con el fondo de la cuestión debatida, esto es, la existencia del delito y la participación del imputado, lo cual traería varias consecuencias que pueden resultar peligrosas para el funcionamiento del sistema, en primer lugar, implica desconocer las facultades del Ministerio Público para investigar los hechos constitutivos de delito y significa que este juzgado de Garantía deba entrar a conocer los hechos antes que se cierre la investigación Fiscal circunstancia que el sistema no prevé. Asimismo implica que este Tribunal emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sin tener los antecedentes a su disposición lo cual implica necesariamente que, independiente de lo que se resolviere, este Tribunal estaría inhabilitado de seguir conociendo la causa al pronunciarse anticipadamente respecto a la cuestión de fondo.

En ese sentido, agrega que, si bien el artículo 93 letra f) del Código Procesal Penal, reconoce el derecho a todo imputado, de solicitar en cualquier momento el sobreseimiento definitivo de la causa no es menos cierto, que la deposición en la cual se basa el abogado defensor para su solicitud durante la etapa de investigación, es una disposición que se encuentra, a juicio de Ministerio Público, necesariamente establecida a favor del Fiscal, esto es, la disposición contemplada en el artículo 250 del Código Procesal Penal, que está inserta en el párrafo séptimo relativo a conclusión de la investigación, esto es, en aquel momento que el Fiscal decide cerrar la investigación, instante en el cual cuenta con tres facultades otorgadas en el artículo 248 del Código Procesal Penal, esto es, puede acusar, ejercer la facultad de no perseverar en el caso que no existan antecedentes suficientes para dictar una acusación y por último puede solicitar el sobreseimiento definitivo conforme a las causales del artículo 250 del código procesal penal en este sentido señala queda claro que la intención del legislador al establecer el artículo 93 letra f) del código procesal penal, fue permitirle al abogado defensor solicitar todos aquellos sobreseimiento definitivos especiales contemplados en el código procesal penal mas no aquellos que se refieran a la resolución del fondo del asunto, puesto que ésta es justamente la materia que motiva la existencia de la in-

vestigación fiscal. Se pregunta ¿Qué pasaría si el día de hoy el Juez de Garantía decreta el sobreseimiento definitivo de la causa y priva al Ministerio Público de la posibilidad de realizar nuevas diligencias de investigación que eventualmente podrían aclarar la situación procesal del imputado? Agregando que esta disyuntiva se salva, necesariamente, con la interpretación armónica ya expresada.

Finaliza diciendo que no es posible que el tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto sino en la etapa procesal correspondiente regulada en el Código Procesal Penal, esto es, una vez cerrada la investigación y una vez comunicada por el Fiscal la decisión relativa al artículo 248 del Código Procesal Penal, esto es una vez cerrada la investigación y una vez comunicada por el Fiscal la decisión relativa al artículo 248 del Código Procesal Penal, no antes, sólo allí ésta se encuentra agotada, no como lo sostiene el abogado defensor en el sentido que no existen más diligencias, para establecer la participación y la existencia del delito respecto de su representado, eso es una afirmación que hace el abogado defensor de la lectura de la carpeta de investigación fiscal que corresponde a su opinión personal, no a la obligación legal establecida en el artículo 80 letra a) de la Constitución Política y en el artículo primero de la ley del Ministerio Público que obliga a los Fiscales a investigar exhaustivamente todos y cada uno de los hechos que pudieran constituir delito y afirmar o desechar la participación del imputado. Asimismo, señala que no resulta tan ciertas las afirmaciones efectuadas por el abogado defensor en el sentido que respecto a su imputado la investigación se encuentra agotada, máxime que en esta misma audiencia se le ha otorgado al Ministerio Público 60 días más de plazo para poder investigar los hechos en los cuales se encuentra involucrado el imputado Cortés Sarmiento.

En virtud de lo anterior y de todos los antecedentes, el Ministerio Público solicita se rechace la solicitud de sobreseimiento definitivo basado en las causales del artículo 250 letras a) y b) del Código Procesal Penal y se permita al Ministerio Público continuar adelante con la función constitucional asignado, esta es, la de investigación.

**US.** Otorga la palabra al abogado querellante.

**Abogado querellante:** Manifiesta que, compartiendo los argumentos del Fiscal. Solicita el rechazo de la petición de la defensa, en atención a

que ella resulta improcedente. Agrega que, si bien, el imputado tiene derecho a solicitar el sobreseimiento definitivo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 letra f) del Código Procesal Penal, ejercicio de este derecho se encuentra limitado única y exclusivamente en su concepto a los casos establecidos en los artículos 240, 247, 258, 270, 271 y 402 del Código Procesal Penal, en consecuencia, señala, que el imputado y su defensa no puede acudir al artículo 250 del Código Procesal Penal para fundamentar su petición, en atención, a que la facultad que dicha disposición entrega al Juez de Garantía, dice exclusiva relación con la solicitud del Fiscal a que se refiere el artículo 248 letra a) de ese cuerpo normativo, es más, el artículo 250 del Código Procesal Penal se encuentra inserto como lo señaló el señor fiscal en el título Primero, libro segundo párrafo séptimo del Código, relacionado directamente con la conclusión de la investigación esto es claramente indicativo de que tal facultad solamente está radicada en el Fiscal a cargo de la investigación y no le otorga un derecho a la defensa del imputado. Señala que esta conclusión además se ajusta a una interpretación armónica y sistemática de las normas del Código Procesal Penal y resguarda el principio contenido en el artículo tercero del mismo Código, esto es, que la investigación penal corresponde únicamente al Ministerio Público, en consecuencia, es este organismo, con apego al principio de objetividad, dentro del plazo establecido, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 248 del Código Procesal Penal, a quien corresponde solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, formular la acusación o no perseverar en el procedimiento, quedándole vedado a los demás intervinientes toda participación en las resoluciones que adopte el Fiscal en ese sentido. En consecuencia, si se acepta que el imputado pueda solicitar el sobreseimiento al Juez de Garantía, además de vulnerarse las claras disposiciones legales citadas, se violenta el principio de la Exclusividad referidas precedentemente y se trastoca todo el procedimiento, toda vez, que además obligaría al Juez de Garantía a examinar la investigación hecha por el fiscal y, en definitiva, en la práctica realizar el juicio mismo sin prueba alguna, esto, naturalmente, viene a vulnerar todo el principio que rige el nuevo procedimiento penal.

De otro lado, añade, procede que se rechace la petición de la defensa en atención a que no solamente no cuenta con fundamentos de derechos para fundamentar su petición, sino que, además, no es efectivo de que de la investigación aparezca claramente establecida la inocencia de su defendido, en este punto, hace referencia a que todas las alegaciones de la defensa relativas a la no comunicabilidad del tipo penal, en relación con los cambios en las declaraciones que han formulado testigos participantes en el proceso investigado y las demás alegaciones que ha sostenido la defensa, dicen relación única y exclusivamente con el fondo mismo de la cuestión debatida, lo que significa que en la práctica está haciendo un verdadero debate de clausura, propio del juicio mismo.

Finalmente, señala que procede el rechazo de la petición de la defensa, por cuanto, la fiscalía ha solicitado en esta audiencia la ampliación del plazo precisamente para agotar destinadas a determinar si el Ministerio Público va a ejercer o no algunos de los derechos establecidos en el artículo 248 del Código Procesal Penal.

#### **EL TRIBUNAL RESUELVE:**

Oídos los intervinientes:

1.- Que, el señor defensor privado Luis Bastías Eyzaguirre, por el imputado Orlando Cortés Sarmiento ha solicitado el sobreseimiento definitivo de la causa respecto a su representado por cuanto, a su modo de ver, el hecho investigado respecto a su parte no es constitutivo de delito y en los mismo, agrega, aparece claramente establecida su inocencia, invocando las causales establecidas en el artículo 250 letras del Código Procesal Penal. Para ello detalla las diligencias realizadas, precisando que el ilícito por el cual ha formalizado no puede concebirse comunicabilidad del tipo penal y alude, asimismo, el cambio en el contenido de las declaraciones de testigos en la causa que lleva adelante el fiscal.

2.- Que, el Ministerio Público se opone a dicha solicitud señalando que, si bien el artículo 93 letra f) del cuerpo normativo aludido reconoce el derecho de imputado de solicitar el sobreseimiento definitivo, esto debe entenderse a favor del fiscal, esto es, sobre la base de lo establecido en el artículo 248 cuando detalla las facultades de dicha institución una vez concluida la investigación, entenderlo de otro modo, dice, privaría al Ministerio Público de las facultades propias consagradas en el artículo 80 le-

tra a) de la CPE y artículo 1 de la ley orgánica constitucional del Ministerio Público, desconociéndose entonces las relativas a la investigación que por mandato legal debe seguir, forzando al Juez de Garantía a pronunciar respecto del fondo, sin contar con los antecedentes para ello. Finaliza diciendo que la afirmación del defensor privado en el sentido que no existirían diligencias pendientes respecto al imputado Orlando Cortés Sarmiento parte de la sola base de la lectura de la carpeta y no considera el impulso investigador recaído en dicho organismo, máxime si en esta misma audiencia se ha discutido la prórroga en el plazo de cierre de la investigación fundado en que existen una serie de diligencias por verificar, por tanto, sostiene que no es efectivo lo aseverado en orden a que respecto al imputado individualizado la investigación estaría terminada.

3.-Que, el abogado querellante igualmente se opone a lo solicitado, señala que comparte los argumentos del señor fiscal y, además, solicita se rechace por improcedente. Agrega, que el derecho establecido en el artículo 93 letra f) está establecido para otros casos contemplados en la ley, a saber, artículo 240, 257, 271 y 402 y no para el escenario del artículo 250, pues esas causales se relacionan con el artículo 248 letra a), que, aún más está inserto dentro del párrafo de conclusión de la investigación. Señala que la investigación corresponde al Ministerio Público y, de acuerdo al artículo 248 aludido, es quien solicita el sobreseimiento definitivo, de otra manera se obliga al tribunal a revisar los antecedentes de la investigación fiscal, dictando una resolución sin rendición de prueba alguna.

Por último, agrega, que es precisamente porque existen todavía diligencias por realizar, es que en esta audiencia se ha prorrogado el plazo de la misma.

4.- Que, en primer término este tribunal considera que el derecho del imputado contemplado en el artículo 93 letra f) no distingue respecto a situación alguna, por tanto lo puede hacer valer durante toda la tramitación de los antecedentes.

5.-Que, sin perjuicio de lo anterior y a fin de interpretar las diversas disposiciones contenidas en la legislación procesal en forma armónica y sistemática, la institución del sobreseimiento definitivo detallado en el artículo 250 del Código Procesal Penal debe relacionarse en el caso que nos convoca con las normas que preceden dicha disposición, a sa-

ber, aquellas que dicen relación con las facultades del Ministerio público al término de la investigación, pues considera este tribunal que las causales invocadas, esto es, que el hecho investigado no es constitutivo de delito y que la inocencia del imputado aparece claramente establecida, son circunstancias que aún en esta etapa procesal no se pueden dar por verificadas, más aún, habida consideración que se encuentran, de acuerdo a lo señalado por el señor fiscal, diligencias pendientes que se refieren al hecho investigado en su totalidad, que, por los demás, dadas las características del mismo presenta una gran complejidad, diversas y numerosas aristas.

6.- Que, acoger lo solicitado por la defensa, sería pronunciarse prematuramente en una materia que se asienta en el fondo del asunto, y se traduciría en la práctica en la interrupción, de forma abrupta, de la consecución de la investigación, frustrando el éxito de la misma, siempre, entiende esta Juez, desarrollada con sujeción al principio de objetividad por parte del órgano persecutor.

7.-Forzar la acción del tribunal en otro sentido, posibilitaría que este se pronunciara sin forma de juicio, vulnerando el derecho de toda persona y por ende de todos los intervinientes a un juicio previo oral y público respecto de aspectos que dicen relación con el fondo el asunto investigado y que, al parecer de esta Juez, debe dilucidarse al momento de conclusión de la investigación, la que, a todas luces, aún se encuentra en tramitación y, en todo caso, con los elementos que permitan a todos los intervinientes, no solo al imputado, el ejercicio de los derechos consagrados en la normativa procesal y sustantiva vigente en nuestro país.

Por todo lo cual y atendido lo expuesto en los artículos 1, 3, 93, 248, 249 y 250 se rechaza la solicitud del señor defensor penal privado.

Se deja constancia que la presente audiencia ha sido registrada mediante grabación de audio.

Los intervinientes quedan en este acto notificados de las resoluciones que anteceden.

Se pone término a la audiencia firmando el registro la Srta. Juez Subrogante Doña Marisol Ponce Toloza.

Ruc N°0400043599-1

Rit N° 126/2004 IG

**Antofagasta, veintiocho de octubre de dos mil cuatro.****VISTOS:**

Se reproduce la sentencia en alzada y se tiene además presente.

**PRIMERO:** Que se ha interpuesto recurso de apelación en contra de la resolución dictada por la señora Juez Subrogante del Juzgado de Letras y Garantía de María Elena, doña Marisol Ponce Toloza, con fecha 16 de Septiembre de 2004, en causa RUC 0400043599-1, RIT 126/2004, seguida en contra de Santiago Lambert Escobar, Orlando Noel Cortés Sarmiento y Giovanna Yamile Saavedra Villalobos, por infracción al artículo 196 letra A), sub letra a) de la Ley N° 18.290 mediante la cual se rechazó la petición formulada por el Defensor Penal Privado don Luis Bastías Eyzaguirre, en representación del imputado Orlando Cortés Sarmiento en orden a sobreseer parcial y definitivamente la presente causa a su respecto.

**SEGUNDO:** Que el señor Defensor Penal Privado, don Luis Bastías Eyzaguirre, ha reiterado en la audiencia lo manifestado en su recurso de apelación, al que se ha hecho referencia en el motivo que antecede, respecto a que debe sobreseerse definitivamente la causa respecto a su representado en atención a lo dispuesto en el artículo 250 letras a) y b) del Código Procesal Penal, puesto que el hecho no es constitutivo de delito y del mérito del proceso aparece claramente establecida su inocencia, ello debido a que en la formalización de la investigación, el Ministerio Público ha sostenido la calidad de autor de su representado, respecto del delito tipificado en el artículo 196 letra A sub letra a) de la Ley 18.290, disposición que en cuanto al sujeto activo del ilícito, lo circunscribe y restringe a los funcionarios públicos que, abusando de su oficio otorguen indebidamente una licencia de conducir o boleta de citación o un permiso provisorio para conducir o cualquier certificado o documento que permita obtenerlo, calidad funcionaria que su parte no detenta y que siendo propia del tipo penal, no puede comunicársele. Añade que el Ministerio Público imputa a su representado la calidad de autor del delito, sin mayor precisión, y el Consejo de Defensa del Estado, en la querrela deducida, alega aquella autoría contemplada en el artículo 15 N° 3 del Código Penal, y en relación a ello estima que sobre la base de lo sostenido en la formalización de la

investigación y de la querrela presentada se le imputaría la calidad de autor inductor y en la especie no concurren los presupuestos legales pertinentes y asimismo, la investigación a su respecto se ha fundado en los simples testimonios de los imputados Ezequiel Roco Huerta y Giovanna Saavedra Villalobos, quienes han formulado declaraciones contradictorias, variando en forma reiterada y esencial, por lo que carecen de valor probatorio. Señala que de conformidad al artículo 93 letra f), es factible solicitar el sobreseimiento definitivo ante el Tribunal de Garantía en esta etapa procesal y que el tribunal resuelva al tenor de lo preceptuado en el artículo 250, ambos del Código Procesal Penal, de manera que nada impide que, en lo que a su parte concierne se determine que el ilícito no es aplicable o posible, por no detentar la calidad de funcionario público, o, por no cumplir las circunstancias para acreditar su participación, a lo que cabe añadir que las diligencias probatorias, solicitadas por el Ministerio Público para fundar su ampliación de plazo, no se refieren a aquél.

**TERCERO:** Que, la representante del Ministerio Público, doña Lorena Libano Rivera, solicita la confirmación de la resolución en alzada por cuanto es justamente el Ministerio Público a quien le compete investigar los hechos que revisten caracteres de delito y la participación que en dichos hechos le ha cabido a los involucrados, tanto respecto de los que pueden favorecerlos o perjudicarlos, y no corresponde en esta etapa procesal que el Juez de Garantía emita un pronunciamiento de fondo de la investigación que se está efectuando, e independientemente de lo que resolviera, lo inhabilitaría para poder seguir conociendo de la causa al emitir un pronunciamiento anticipado, pues lo estaría haciendo respecto del fondo. Agrega que, si bien es cierto que el artículo 93 letra f) del Código Procesal Penal, otorga al imputado el derecho de solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare, hay que entenderlo en relación con el artículo 248 del mismo cuerpo legal, que otorga la Fiscal, una vez declarada cerrada la investigación, solicitar entre otras cosas, el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, de manera que sólo a él le estaría permitido invocar las causales de las letras a) y b) del artículo 250 del citado Código, sin perjuicio de que la defensa lo pudiese solicitar respecto de

respecto de otras situaciones, mas no de las que el precepto legal aludido en último término consigna. Aduce que el Tribunal de Garantía ha de pronunciarse en la etapa procesal que corresponde, esto es cerrada la investigación y comunicada por el Fiscal, la decisión que se adoptará, y no antes que aquella se encuentre agotada, pero no como lo señala el defensor, en el sentido que no existen diligencias para establecer la participación o la existencia del delito respecto de su representado, lo que en la especie es una afirmación que corresponde a su opinión personal, pero no empeece a la obligación establecida en el artículo 80 letra a) de la Constitución Política de la República y artículo 1º de la Ley del Ministerio Público que obliga a los fiscales a investigar los hechos que pudieren constituir delito y afirmar o desechar la participación del imputado.

**CUARTO:** Que el abogado don Oscar del Barrio Cortez, en representación de la parte querellante, Consejo de Defensa del Estado, señala en la audiencia, que comparte los argumentos a que ha hecho referencia el Ministerio Público por lo que solicita se confirme la resolución en alzada, ya que el imputado puede pedir el sobreseimiento definitivo de la causa, conforme a lo prevenido en el artículo 93 letra f) del Código Procesal Penal, derecho que puede hacerse efectivo en los casos señalados en los artículos 240, 247, 258, 270, 271 y 402 del citado Código, pero no puede acudir al artículo 250 para fundamentar su petición, ya que la facultad que ese precepto otorga al juez de garantía se relaciona con la solicitud del fiscal a que se refiere el artículo 248 letra a) de ese cuerpo legal, de tal manera que la facultad se encuentra radicada en el funcionario antes referido que se encuentra a cargo de la investigación, y no le otorga ese derecho a la defensa del imputado, a lo que cabe añadir que la petición de la defensa no cuenta con argumentos de derecho para fundamentar su petición, y que además no es efectivo de que en la investigación aparezca claramente establecida la inocencia del imputado y las alegaciones de la defensa dicen relación con el fondo del asunto.

**QUINTO:** Que, conforme lo previene el artículo 248 de Código Procesal Penal, practicadas las diligencias para la averiguación del hecho punible y sus autores, el fiscal declarará cerrada la investigación y dentro de los diez días siguientes,

habrá de elegir entre las tres alternativas que dicha disposición contiene, una de las cuales es solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, y en este caso deberá formular su requerimiento al Juez de Garantía, quien procederá a citar a todos los intervinientes a una audiencia, habiendo de sobreseer definitivamente la causa en los casos que consigna el artículo 250 de ese ordenamiento.

**SEXTO:** Que, del examen de las normas reseñadas en el motivo que antecede, fluye que es al Ministerio Público a quien se le confiere la facultad de solicitar el sobreseimiento definitivo sobre la base de alguna de las situaciones contempladas en el artículo 250 del Código Procesal Penal, y una vez que fuere cerrada la investigación, y del examen de la carpeta se puede apreciar que en el caso sublite, ello ocurrió el 25 del mes en curso, de tal suerte entonces que dentro de los diez días siguientes a esa data habrá de determinar cual de las tres alternativas que el ordenamiento procesal le otorga es la que llevará a cabo.

**SEPTIMO:** Que si bien es cierto que el artículo 93 del Código Procesal Penal le otorga al imputado las garantías y derechos que allí se consignan para hacerlos valer durante toda la secuela del juicio hasta su terminación, y que en la letra f) expresamente dispone que entre ellas se encuentran el solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare, esto lo podrá hacer efectivo cuando ello fuere procedente, lo que no sucede en la especie, puesto que como ya se ha manifestado por el fallo que se impugna y en la presente resolución, las causales que invoca, artículo 250 letras a) y b) del Código del Ramo, sólo le competen al Ministerio Público y en el estadio procesal pertinente, cual es una vez que sea cerrada la investigación.

**OCTAVO:** Que, de otra parte, además de las razones que se han dado, es menester considerar que a la fecha de solicitud del sobreseimiento, el procedimiento aún no se había cerrado, y lo pedido por el recurrente es sobreseer definitivamente, por cuanto no se encuentra acreditada la existencia del delito ni tampoco la participación que al imputado en el ilícito le cupo, cuestiones que son de fondo y cuya investigación el ordenamiento jurídico se la entrega al Ministerio Público en el caso de autos, de tal suerte entonces que amén de no asistirle el derecho de solicitar el sobreseimiento, la causa de

marras se encontraba en tramitación, de tal manera que al resolver la Juez de Garantía Subrogante del Juzgado de Letras y Garantía de María Elena en la forma que lo hizo, actuó acertadamente y conforme a derecho.

Por estas consideraciones y conforme a lo prevenido en los artículos 248, 249, 250, 253 y 370 del

Código Procesal Penal, **SE CONFIRMA** la sentencia apelada de fecha dieciséis de septiembre del año dos mil cuatro, escrita a fojas 111 y siguientes. Regístrese y devuélvase.

Rol 165-2004.

Redacción del Ministro Titular don Enrique Alvarez Giralte.

- **Acoge recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la resolución que no dio lugar a la tramitación del recurso de nulidad presentado por éste.**

**Tribunal: Corte de Apelaciones de Puerto Montt.**

**Resumen:**

*La Fiscalía interpuso un recurso de apelación en contra de la resolución del Juez de Garantía que no admitió a tramitación un recurso de nulidad deducido por ésta, por no haberlo presentado el mismo fiscal que concurrió al juicio simplificado. La Corte acogió el recurso, señalando que, el artículo 399 del Código Procesal Penal no se refiere a la persona del fiscal, sino que a la Fiscalía como institución. Agregó, que en el mismo sentido los artículos 2 y 40 de la ley 19.640 consagran el principio de la unidad del Ministerio Público, en virtud del cual, éste puede actuar a través de cualquiera de sus fiscales.*

**Texto completo:**

Ancud, trece de octubre de dos mil cuatro.

**VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:**

Que el fiscal requirente no concurrió al juicio simplificado y Visto lo dispuesto en el artículo 399 del Código Procesal Penal, no ha lugar.

Notifíquese por correo electrónico a la Fiscalía y Defensoría local.

**Ruc N° 0400083820-4. Rit N° 261-2004.**

RESOLVIÓ DON JOSÉ IGNACIO BUSTOS VALENZUELA, JUEZ TITULAR DEL JUZGADO DE GARANTÍA DE ANCUD.

**ACTA DE LA AUDIENCIA REALIZADA EL CINCO DE NOVIEMBRE DE DOS MIL CUATRO PARA LA VISTA DEL RECURSO DE APELACION INTERPUESTO POR EL MINISTERIO PUBLICO SU PRESENTACIÓN ESCRITA DE FOJAS 77 Y SIGUIENTE.**

ROL DE INGRESO CORTE N° 297-2004 R.P.P.

Previa declaración de admisibilidad del recurso, se lleva a efecto la audiencia a las 09:15 horas aproximadamente con la asistencia de las Ministras doña Teresa Mora Torres, doña Sylvia Aguayo Vicencio y abogado integrante Sr. Emilio Pérez Hitschfeld. La Presidenta de la Sala ofrece al apelante un tiempo máximo de cinco minutos para que exponga su alegato fundado y peticiones

concretas a formular. Alega, en primer lugar, por el Ministerio Público el abogado asesor don Sergio Coronado Rocha quien argumenta en relación al recurso de apelación deducido y solicita que el mismo sea acogido en los términos pedidos en el escrito de interposición, revocando la resolución apelada. Luego alega por la Defensoría Penal Pública el abogado don Nofal Abud Maeztu, quien solicita que la resolución apelada sea confirmada en virtud de los antecedentes que expone. Finalmente, la Presidenta de la Sala Sra. Mora comunica a los intervinientes que se hará un receso para deliberar, terminado el cual, y concretado el acuerdo, se reanuda la audiencia, comunicándose que la Sala ha resuelto lo siguiente:

**Vistos:**

Atendido el mérito de los antecedentes que obran en carpeta, lo expuesto por los intervinientes en la audiencia, lo dispuesto en el artículo 399 del Código Procesal Penal, el que al referirse al Fiscal requirente lo hace a la Fiscalía como una entidad, esto es, al Ministerio Público, y no se refiere al Fiscal requirente que personalmente haya concurrido al juicio y lo dispuesto además, por los artículos 2 y 40 de la Ley Orgánica Constitucional 19.640 del Ministerio Público y que por lo demás, los criterios de interpretación de la ley deben aplicarse en términos de que estos conduzcan a su aplicación y produzcan efectos y no de forma que deje de producirlos o hagan imposible su aplicación y lleve

a resultados que puedan resultar ilógicos o absurdos, razones todas estas por las que se revoca la resolución apelada de trece de octubre del año en curso dictada por el Juez de Garantía de Ancud y en su lugar se declara que se hace lugar a admitir a tramitación el recurso de nulidad presentado por el Fiscal Jefe de la Unidad de la Fiscalía de Ancud, debiendo el Sr. Juez de Garantía darle la tramitación que en derecho corresponde.

Se deja, además, constancia que al interviniente se le notificó la presente resolución conforme al artículo 30 del Código Procesal Penal, en forma personal, por encontrarse presente en la audiencia en que

ésta se ha dictado, sin perjuicio de lo cual, se ordenó dejar constancia de la resolución precedente en el estado diario.

Se ordenó el registro y devolución de los antecedentes, junto con esta resolución para su cumplimiento.

Nº de Ingreso: 297-2004.- R.P.P.

Se deja constancia que el acta que antecede es fiel a lo obrado en la audiencia de que da cuenta.- Extendida en Puerto Montt, a 5 de noviembre de 2004.  
Lorena Fresard Briones Relator - Ministro de Fe.

- **Rechaza recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la resolución que negó la solicitud de sobreseimiento definitivo.**

**Tribunal: Corte de Apelaciones de Valdivia.**

**Resumen:**

*La Defensa solicitó el sobreseimiento definitivo fundado en que no se formalizó dentro del plazo fijado, en conformidad al artículo 186 del Código Procesal Penal, estimando que resultaba aplicable la caducidad del artículo 64 del Código de Procedimiento Civil. El Juez de Garantía rechazó la solicitud señalando que la formalización es la comunicación que el Fiscal realiza al Tribunal, siendo la oportunidad de ésta su resorte exclusivo y excluyente. Siendo así, la única sanción posible al incumplimiento del plazo judicial establecido, es la exigencia de mayores certezas o fundamentos al solicitar nuevas autorizaciones que afecten o limiten derechos de terceros. La Corte, conociendo la apelación interpuesta por la Defensa, confirmó el rechazo del Juez de Garantía por estimar que las causales de sobreseimiento definitivo están señaladas en forma taxativa en el artículo 250 del Código Procesal Penal. No encontrándose entre ellas la no formalización dentro del plazo fijado por el Juez, no procede sobreseer. Finalmente, en cuanto a la caducidad, señaló que no resultaba aplicable en materia procesal penal.*

**Texto completo:**

AUDIENCIA RECHAZO SOBRESEIMIENTO.

Osorno, 12 de octubre de 2004

**DEFENSA QUERELLADO:** Señala que ha solicitado la audiencia a fin que se decrete el sobreseimiento definitivo de la causa, en atención a que los hechos que son materia de la investigación informal que lleva el Ministerio Público no son constitutivos de delito. Señala que el Ministerio Público ha realizado una serie de diligencias que han afectado a los derechos sustanciales que la Constitución Política del Estado le concede a su representada en su calidad de persona. Señala que el Ministerio Público no ha formalizado investigación en contra de su representada, señala que han transcurrido siete meses.

**FISCAL:** Señala que la señora Cid no ha tenido nunca en la causa la calidad de imputado. Señala que no se ha formalizado porque se presentaron recursos. Señala que hay ninguna causal de sobreseimiento definitivo en esta etapa de la investigación, ya que esta no se encuentra ni concluida ni agotada.

**ABOGADO QUERELLANTE:** Señala que no comparte la alegación de la Defensa. Señala que

para decretar tan importante resolución, es menester, que se hayan practicado todas y cada una de las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y de sus autores, cómplices o encubridores. Señala que la investigación debe estar agotada, terminada, artículo 248. Señala que la alegación del Defensor debe ser rechazada.

**TRIBUNAL RESUELVE:** A la petición de sobreseimiento definitivo presentado por la Defensa de la imputada doña Cecilia Cid Campos del 29 de septiembre de 2004, ha de resolverse lo siguiente, el punto a dilucidar en esta oportunidad lo constituye, si el ejercicio de la formalización, facultad exclusiva y excluyente de Fiscalía Local, se encuentra sujeta al cumplimiento cabal y restringido de lo resuelto en sede judicial el 30 de julio del corriente, en que a petición del interviniente de la Defensa, el querellado representado por el señor abogado Pizarro, se fija plazo para la actividad de Fiscalía de quince días, a contar de esa fecha. Señala el interviniente que el no ejercicio oportuno de tal formalización dentro de plazo, con apego a las normas del 52 del Código Procesal Penal en remisión al 64 del Código de Procedimiento Civil, aplicación supletoria de esta última y atento a los plazos fatales de la misma, produce la caducidad

del derecho a Fiscalía de presentar formalización, por lo que vencido o caducado tal plazo es imposible para Fiscalía Local la formalización posterior.

Esto último tiene correlato, según el querellado, con lo dispuesto en el artículo 248 del Código Procesal Penal y al inicio del Código Procesal Penal, en el ejercicio de la salida alternativa o mecanismo de descongestión del archivo provisional por ejemplo, la postura del querellado es la no formalización oportuna dentro del plazo judicial, le impide el ejercicio de no perseverar, de no presentar acusación al no existir formalización, manteniéndose tan sólo vigente la letra a) de tal norma, esto es, la presentación irrestricta y cabal del sobreseimiento definitivo, en relación a esta última de la letra f), artículo 93, derecho del imputado a solicitar tal sobreseimiento. Evacuando el traslado pertinente, querellante y Fiscalía se están a lo dificultoso e importante de la investigación fiscal realizada en autos que se remonta a la presentación de querrela del 19 de mayo de 2004 e incautación del vehículo propiedad, según lo alega, el abogado de la señora Cid Campos del 23 de julio del corriente.

Resulta en esta etapa feble los argumentos alegados por Fiscalía y por la parte querellante, en orden al no acatamiento de lo resuelto en sede judicial el 30 de julio de 2004, en que fijado el plazo para formalizar de quince días se ampara en no ejercicio de la misma en un recurso pendiente en la Corte de Apelaciones de Valdivia y en reunir mayores antecedentes en aras del respeto del principio de la objetividad. Con respecto al recurso judicial el mismo se encuentra resuelto con fecha 27 de agosto de 2004 y el principio de la objetividad no debe sólo regir en el inicial marco investigativo, si no que prima durante todo el quehacer de Fiscalía Local.

Retomaré el tema de la inobservancia del artículo 186 de control judicial anterior a la formalización de la investigación, la doctrina de la jurisprudencia han sido latas en el curso de la Reforma Procesal Penal en señalar posiciones dispares, en orden a que "sanción" se aplica al Fiscal que contando con un plazo judicial para formalizar la investigación no realice tal presentación. Recordemos que la formalización por definición legal, es la comunicación realizada por el Fiscal ante el Juez de Garantía competente, dirigida contra una persona determinada, el imputado, de desarrollarse actualmente una investigación en su contra y la

regla general en cuanto a la oportunidad de tal comunicación, conforme lo reza el artículo 230, está sujeta a la consideración de oportunidad exclusiva y excluyente, por parte del órgano persecutor, Fiscalía Local, con la excepción de ser soberano en cuanto a la decisión de oportunidad para formalizar del propio inciso 2° del artículo 230, es decir la intervención judicial previa para la práctica de diligencia de investigación, rendición anticipada de prueba o sobre medidas cautelares, esto último en estrecha relación con el artículo 236 del Código Procesal Penal.

Por ende constituye una excepción, además a lo ya dicho la figura o norma del artículo 186 del Código Procesal Penal, que bajo el enunciado de control judicial anterior a la formalización de la investigación faculta a cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiese formalizado recurrir al Juez de Garantía para que este le ordene al Fiscal informar acerca de los hechos que fueron objeto de ella, facultándose al Juez fijar un plazo para tal comunicación y es esta comunicación, formalización, la que hasta el día de hoy aparece inexistente en la carpeta judicial.

Se adjunta en forma diligente y oportuna, por parte de la Defensa un fallo reciente de la ltma. Corte de Apelaciones de Chillán, 27 de septiembre de 2004, que plantea una cuestión semejante, favorece la pretensión de la Defensa, esto es el no cumplimiento al control judicial anterior a la formalización, en la no formalización oportuna de Fiscalía dentro de los plazos otorgados por el Juez de Garantía, conlleva en forma unívoca, según el parecer de tal Tribunal de alzada, al sobreseimiento definitivo de la investigación.

Las convicciones en el marco del proceso penal alimentadas por la doctrina y jurisprudencia novedosa y aún reciente a que adhiere este Juez, contrarían lo resuelto por el Tribunal de alzada de Chillán y sostiene sin que se vean afectados los derechos del imputado, que es la condición detentada, sin lugar a dudas, por la señora Cid Campos, que el no ejercicio de Fiscalía Local dentro del plazo judicial, fijado por este Juez al amparo del artículo 186, tendrá efectos en el otorgamiento de futuras solicitudes de afectación de derecho a garantías por la Constitución Política de la República. En otros términos constituye una señal que el Juez de Garantía pondera en su adecuado peso, si no se respeta, si no se acata lo resuelto

jurisdiccionalmente con anterioridad, no cabe sino exigir a la Fiscalía Local un mayor peso en sus futuras y potenciales solicitudes que afecten el patrimonio o la persona de la señora Cid Campos. Por lo ya dicho y haciéndome cargo además del otro fundamento del sobreseimiento definitivo, cual era el haber permitido la actuación de un legitimante o de una parte que carece legitimidad activa, es lo que me remito a lo resuelto ya el 13 de septiembre de 2004, en esta misma causa, ha resolverse el día de hoy, no acoger la petición de sobreseimiento definitivo presentada por la Defensa de la imputada Cecilia Lorena Cid Campos, en base a los fundamentos y normas legales ya citadas.

RUC N° 0410008131-3  
RIT N° 1155-2004

RESOLVIO DON MIGUEL GARCIA HERRERA,  
JUEZ TITULAR DEL JUZGADO DE GARANTIA DE  
OSORNO.-

**Valdivia, nueve de noviembre del año dos mil cuatro.**

**VISTOS Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE:**

**PRIMERO:** El artículo 64 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable a la materia,

tanto porque se refiere específicamente a los plazos legales que establece dicho Código como porque obedece a principios que son propios del procedimiento civil, diferentes de los principios que inspiran el procedimiento en que se pone en ejercicio la acción penal.

**SEGUNDO:** Por otra parte, el artículo 250 del Código Procesal Penal establece una numeración que debe entenderse taxativa o de numerus clausus y no contempla como motivo de sobreseimiento la circunstancia de hecho que motiva la petición del recurrente.

Y visto, además lo previsto en los artículos 365 y siguientes del Código Procesal Penal, SE CONFIRMA la resolución apelada de fecha doce de octubre de dos mil cuatro, escrita a fojas 1 y siguientes, con costas.

Devuélvase.

Rol N° 229 - 2004.-

Redacción del abogado integrante Sr. Francisco Javier Contardo Cabello. No firma la Ministra Sra. Ada Gajardo Pérez no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de la causa, por encontrarse ausente en comisión de servicio.

- **Acoge recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público declarando que procede aplicar las agravantes de reincidencia invocadas por éste.**

**Tribunal: Corte de Apelaciones de Puerto Montt.**

**Resumen:**

*El Juez de Garantía no acogió la alegación de la Fiscalía respecto de las agravantes de reincidencia contempladas en el artículo 12 N° 15 y 16 del Código Penal, por estimar que la imputación del tiempo sometido a prisión preventiva no configura un cumplimiento efectivo de la condena. El Ministerio Público interpuso un recurso de apelación, recurso que la Corte acogió, señalando que en virtud de lo establecido en el artículo 413 inciso segundo del Código Procesal Penal, tanto el tiempo de detención como el de prisión preventiva implican un efectivo cumplimiento de la pena.*

**Texto completo:**

Puerto Montt, diez de noviembre de dos mil cuatro.  
VISTOS:

Se eliminan de la sentencia definitiva en apelación los considerandos 13 y 14; se la reproduce en los demás, y se tiene presente:

1) Que, se ha condenado al acusado Ricardo Andrés Garrido González, a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, como autor del delito de hurto simple cometido el 16 de abril de 2003 en Puerto Montt, y a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo como autor del delito de usurpación de nombre, cometido en esta ciudad en la misma fecha;

2) Que, a fojas 12, apela el Fiscal adjunto de Puerto Montt, en representación de Ministerio Público, pidiendo se revoque la sentencia en lo que dice relación con las agravantes de reincidencia previstas en los números 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal, que el Juez de Garantía rechaza, solicitando la aplicación de la primera en relación con el delito de usurpación de nombre y se aumente la pena a trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, y la segunda en relación con el delito de hurto y se aumente la pena a ochocientos diecinueve días de presidio menor en su grado medio;

3) Que, en cuanto a la agravante de reincidencia tanto específica como genérica prevista en los artículos 12 N° 16 y 15 del Código Penal, la sentencia de garantía las rechaza en el considerando 13, por estimar que imputar el tiempo de prisión preventiva al de la pena no significa un cumplimiento efectivo de la pena;

4) Que, tal planteamiento constituye un desconocimiento de lo dispuesto en el Código Procesal Penal, en su artículo 413, inciso segundo, que dispone textualmente que la sentencia que condenare a una pena temporal, deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono para su cumplimiento, lo que textualmente significa un cumplimiento efectivo;

5) Que, por tanto, ha de acogerse la agravante de reincidencia específica del artículo 12 N° 16 del Código Penal en relación con el delito de hurto, tomando en consideración la causa mencionada en la letra c) del N° 18 del considerando quinto de la sentencia de garantía por la que se condena al procesado como autor del delito del artículo 445 del Código Penal, teniéndosele la pena cumplida con el mayor tiempo que permaneció privado de libertad;

6) Que, perjudicándole respecto de este delito una agravante y no beneficiándole ninguna atenuante, la pena habría de aplicarse en el máximo de grado de pena prescrito por la ley, lo que no será posible por haber solicitado el Ministerio Público, la pena de ochocientos días de presidio menor en su grado medio, lo que lo es en su mínimo;

7) Que, en cuanto a la reincidencia genérica prevista en el artículo 12 N° 15, del Código Procesal Penal ha de tenerse en cuenta el mismo planteamiento efectuado en el considerando cuarto de la sentencia de garantía;

8) Que, la agravante referida está fundada textualmente en haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señala igual o mayor pena;

9) Que, esta agravante se solicita aplicar por el Ministerio Público en relación con el delito de usurpación de nombre del artículo 214 del Código Penal, sancionado con presidio menor en su grado mínimo;

10) Que, a este respecto configuran la agravante las causas referidas en las letras c) y b) del N° 18 del considerando quinto de la sentencia de garantía; en la primera se condenó al procesado por el delito del artículo 445 del Código Penal, sancionado con presidio menor en su grado mínimo, y en la segunda se condenó al procesado por el delito de hurto frustrado a la pena de 63 días de presidio menor en su grado mínimo, por lo cual se infiere que se aplicó por el delito de hurto del artículo 446, N° 2 del Código Penal, sancionado con presidio menor en su grado medio;

11) Que, por tanto, se acogerá la agravante de reincidencia genérica respecto del delito de usurpación de nombre;

12) Que, en cuanto a este delito no beneficia al procesado ninguna atenuante y le perjudica la agravante ya referida, por lo que de acuerdo al artículo 67 del Código Penal debería aplicarse la pena en su máximo, lo que no será posible, pues el Ministerio Público solicitó la aplicación de trescientos días de presidio en su grado mínimo, esto es, en su mínimo;

13) Que, ha de tenerse presente, que las agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12 del Código penal, no se tomarán en cuenta después de cinco años en las causas de simples deli-

tos a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, y si se han considerado por el Tribunal de alzada, no encontrándose acreditada la fecha de los respectivos hechos, ha sido por la proximidad de las causas analizadas en cuanto a su fecha con la de que se trata, pues por ejemplo la causa mencionada en la letra a) del N° 18 del considerando quinto no habría podido ser contemplada por ser indudable que el delito data de 1998, apareciendo meridianamente claro que se han considerado las fechas de las sentencias, las que carecen de relevancia para estos efectos;

Y, vistos, lo dispuesto, en los artículos 12 N° 15 y 16 y 67 del Código Penal; y, artículos 414 y 364 y siguientes y 415 del Código Procesal Penal, se declara:

Que, se confirma la sentencia de garantía escrita a fojas 1 y siguientes de fecha 2 de noviembre de 2004, con declaración que se aumentan las penas aplicadas al acusado Ricardo Andrés Garrido González, a ochocientos días de presidio menor en su grado medio como autor del delito de hurto simple, y a trescientos días de presidio menor en su grado mínimo como autor del delito de usurpación de nombre;

No reuniéndose los requisitos para conceder algunos de los beneficios de la ley 18216, las penas deberá cumplirlas a partir de la más grave sirviéndole de abono el tiempo de detención y prisión preventiva que se señala en la sentencia de garantía. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Redacción del Presidente don Jorge Ebensperger Brito.

Rol N° 281-2004

- **Rechaza recursos de nulidad interpuestos por las Defensas por presuntas infracciones a los artículos 374 letra e), en relación a los artículos 342 letra c) y 297, 374 letra f) y 373 letra b), todos del Código Procesal Penal.**

**Tribunal: Corte de Apelaciones de La Serena.**

**Resumen:**

*La Fiscalía acusó a los imputados como autores del delito de robo con violencia. Las Defensas solicitaron la absolución alegando falta de prueba suficiente, tanto respecto de la comisión del hecho punible como de las participaciones, en especial por el deficiente reconocimiento de los inculcados por parte de las víctimas. El Tribunal estimó suficientemente acreditados la ocurrencia del hecho y la participación, aclarando que los reconocimientos fueron suficientes y ajustados a derecho. Las Defensas interpusieron recursos de nulidad fundados en que los jueces habrían efectuado una errónea valoración de la prueba; que no se cumplirían los requisitos del artículo 15 N° 1 del Código Penal, y que el fallo faltó al principio de congruencia al considerar probados elementos subjetivos integradores del tipo, como son la ausencia de voluntad del dueño y el ánimo de lucro, que no estaban contenidos en la acusación. La Corte rechazó los recursos señalando, al efecto, que la apreciación de la prueba es facultad privativa de los jueces; que la calidad de autor de uno de los acusados se tuvo por acreditada en virtud el artículo 454 del Código Penal, y que los elementos subjetivos del tipo que extrañó la Defensa se encontraban considerados dentro de la descripción de los hechos efectuada en la acusación.*

**Texto completo:**

**La Serena, doce de julio de dos mil cuatro.**

**VISTOS Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que con fechas seis y siete de julio de dos mil cuatro, ante esta Tercera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de La Serena, constituida por la Juez Presidente doña Caroline Turner González e integrada por los jueces don Jaime Meza Sáez y doña María del Rosario Lavín Valdés, se llevó a efecto la audiencia relativa a los antecedentes rol n° 62-2004, seguidos en contra de **Carlos Michael Barraza Ramírez**, chileno, soltero, nacido el 04 de febrero de 1981, 23 años de edad, chofer profesional, cédula de identidad n° 14.099.159-7, domiciliado en Avenida Islón n° 3205, Compañía Alta, La Serena, sujeto a prisión preventiva por esta causa en el Centro de Cumplimiento Penitenciario local, representado por los defensores don Daniel Hurtado Navia, don Francisco Silva Mandakovic y don Manuel Ramírez Escobar, todos domiciliados en esta ciudad, calle Pedro Pablo Muñoz n° 344 depto F; y **Romuald Orlando Calderón Díaz**, chileno, soltero, nacido el 14 de

febrero de 1984, 20 años de edad, estudiante, cédula de identidad n° 15.768.951-7, domiciliado en Pasaje Lingue n° 4216, Villa La Florida, La Serena, representado por los defensores don Raúl Castillo Castillo, don Carlos Daguerressar Calderón y doña Carolina Baroncini Gálvez, todos domiciliados en esta ciudad, calle Manuel Antonio Matta n° 510, oficina 1.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el fiscal adjunto de La Serena don Darío Díaz Peña y Lillo, domiciliado en calle Gandarillas n° 810 de esta ciudad.

**SEGUNDO:** Que el Ministerio Público dedujo acusación en contra de los acusados, por hechos de que da cuenta el auto de apertura del juicio oral que a continuación se señalan: "Que el día 06 de septiembre de 2003 siendo aproximadamente las 4:40 horas en calle Cienfuegos casi al llegar a calle Prat de la ciudad de La Serena, los acusados, en conjunto con un menor de edad que fue declarado sin discernimiento y otro menor inimputable, interceptaron a don Cristian Contreras Mery y a don Fe-

lilpe Ossandón Rojas, quienes se dirigían a esperar locomoción, procediendo a intimidarlos con armas blancas y de fuego, para posteriormente golpearlos con sus pies, puños y con elementos contundentes, para obtener la entrega de las especies que portaban, para luego, apropiarse de las especies que Contreras Mery portaba consistente en una mochila de color azul marca Head, una chaqueta de cuero color café, un teléfono celular marca Nokia y su billetera, huyendo del lugar. Los acusados fueron detenidos posteriormente por Carabineros, quienes recuperaron las especies”.

**Ajuicio del Ministerio Público**, los hechos descritos constituyen el delito de robo con violencia, contemplado en el artículo 436 inciso 1º del Código Penal, en grado de consumado, en el cual les ha correspondido a los acusados, participación de coautores, y solicita se condene a Romuald Calderón Díaz a la pena de siete años y 184 días de presidio mayor en su grado mínimo y a Carlos Barraza Ramírez a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, y a ambos, a las accesorias legales que correspondan y al pago de las costas de la causa, considerando que les perjudica a ambos la agravante de pluralidad de malhechores contemplada en el artículo 456 bis nº 3 del Código Penal, y que beneficia a Barraza Ramírez la atenuante de irreprochable conducta anterior.

**TERCERO:** Que la defensa de Carlos Barraza Ramírez solicitó se dicte sentencia absolutoria respecto de su representado por cuanto no se acreditará la existencia del hecho punible ya que no concurren todos los elementos del tipo penal por el que se acusó, ni se podrá acreditar su participación en el hecho, ya que éste caminaba en la madrugada del día 6 de septiembre de 2003 por el centro de la ciudad, no habiendo participado en el hecho, pese a la imputación que le hacen las víctimas del delito. Demostrará que no hubo ánimo de lucro, ni concierto previo, tampoco se establecerá el liderazgo que habría ejercido su representado. En subsidio solicita se considere la atenuante del artículo 11 nº 6 del Código Penal como muy calificada y que se deseche la agravante solicitada por la Fiscalía.

Por su parte la defensa de Calderón Díaz solicitó también sentencia absolutoria por cuanto la prueba del Ministerio Público es insuficiente, ya que no podrá acreditar los elementos del tipo penal por

el que acusó. Solo existen suposiciones que la Fiscalía debe acreditar o de otro modo deberá absolverse a su representado. Por su parte está en condiciones de acreditar que los hechos no ocurrieron en la forma que señala el Ministerio Público y que la conducta atribuida a su representado no se encuadra en el marco de la acusación.

**CUARTO:** Que en la oportunidad establecida en el artículo 339 del Código Procesal Penal, el Tribunal emitió veredicto condenatorio en contra de los acusados, condenándolos como coautores del delito de robo con violencia en la persona de Cristian Contreras Mery y Felipe Ossandón Rojas, al estimar que el Ministerio Público logró acreditar, mas allá de toda duda razonable, los elementos del tipo penal por el que acusó, esto es, la apropiación de especie mueble ajena, contra la voluntad de su dueño Cristian Contreras Mery, mediante el empleo de violencia, con ánimo de lucrarse, y la conexión entre ambas acciones.

En efecto, la sustracción de especies muebles que pertenecían al ofendido Cristian Contreras Mery, en contra de su voluntad, se acreditó con su propio testimonio y el del también afectado Felipe Ossandón Rojas, en cuanto señalaron que el día 6 de septiembre de 2003 en horas de la madrugada y luego de compartir una jornada de estudios en la casa de una compañera en Colina del Pino en donde se juntaron entre ocho o nueve compañeros, según señaló el primero y seis u ocho el segundo, y tomaron entre ocho o diez cervezas grandes, según señaló Contreras y dos botellas de cerveza y una de vino blanco, según señaló Ossandón, luego se dirigieron al centro de la ciudad en donde se separaron de algunos compañeros, quedando sólo Jonathan Olivares, Tito, amigo de Felipe, y ellos dos, cruzando a La Recova para que Felipe Ossandón tomara movilización hacia su casa y cuando caminaban por calle Cienfuegos en donde hay unos carros de venta de ropas, apareció un grupo de alrededor de 15 personas entre hombres y mujeres que bajaba desde La Recova, separándose cuatro de ellos del resto del grupo que siguió caminando hacia Las Brisas, quienes los interceptaron, señalando Felipe Ossandón que los sujetos golpearon a Cristian y cuando él intentó ayudarlo, uno lo apuntó con un revolver el que luego dio vuelta pegándole un golpe en la cabeza con la cache del arma, por lo que corrió a buscar ayuda llamando a Carabineros desde su celular a unos 40 metros de distancia de

donde quedó Cristian, quien llegó dos minutos después golpeado, con sangre y sin su chaqueta, por lo que concluyó que había sido asaltado, aunque no vio cuando le robaron. Contreras Mery por su parte agregó que alguien golpeó a Felipe en la cabeza logrando éste arrancar, luego los sujetos sacaron cuchillos y un arma de fuego y lo llevaron hacia un murito procediendo a golpearlo con puños y patadas, lo rodearon, le decían que soltara las cosas y lo insultaban, le quitaron la chaqueta de cuero café, la mochila de color celeste o azul y un teléfono celular marca Nokia que tenía en la chaqueta, sacándole luego la cartuchera con mas golpes, resistiéndose en un comienzo a este ataque hasta que sintió el revolver en su sien y el cuchillo en sus costillas, lo que le causó miedo porque no sabía cómo iban a reaccionar sus agresores. Luego de ocurrido el hecho se juntó con Felipe que estaba a unos 20 metros del lugar en donde fue atacado y juntos fueron a la Comisaría a hacer la denuncia, en donde declararon y cuando se trasladaban al Hospital para constatar lesiones, les avisaron que se devolvieran para que reconocieran a unos detenidos, mostrándole luego un carabiniro que estaba con los detenidos, sus especies recuperadas, las que reconoció, faltando la billetera. Terminó señalando el testigo que los sujetos andaban juntos y que el hecho no fue sin querer ya que fueron directo al grano, lo que dedujo por la forma de poner el cuchillo y de agredir, estimando que era algo sólido.

Ratificaron la sustracción de especies ajenas los Carabineros Juan Manuel Flores Gaete y Giovanni Manuel Pinto Capello, en cuanto señalaron que luego de recibir una llamada de la Central, alrededor de las 4:30 o 4:40 horas, para que concurrieran a un procedimiento por una riña ocurrida en calle Cienfuegos con Prat, acudieron a ese lugar sin encontrar nada, siguieron por O'Higgins y al llegar a calle Eduardo De La Barra fueron informados por un señor que un grupo de jóvenes corría hacia calle Eduardo De La Barra, ampliándoles la información Cenco, señalándoles que uno de ellos llevaba una mochila celeste y en su interior una chaqueta y un celular, divisando frente al Colegio San Antonio a un grupo de jóvenes, uno de los cuales llevaba la mochila descrita, tres arrancaron hacia Balmaceda y dos a calle O'Higgins, siendo éstos detenidos por el Teniente Moreno, al que auxiliaron ya que estaba en el suelo forcejeando con ellos, uno de los cuales

tenía la mochila en su mano y trataba de zafarse del teniente, quien revisó la mochila encontrando en su interior la chaqueta y el celular, reconociendo el Cabo Pinto dichas especies que se ilustran en una fotografía que le exhibió el Fiscal en la audiencia, señalando que la billetera no fue encontrada, fotografía que fue incorporada como prueba por la Fiscalía.

Con el testimonio del Cabo Ricardo González Damke quien señaló que el día de los hechos se encontraba a cargo de la patrulla del Sip de Carabineros y acudió a un llamado para hacerse cargo de un procedimiento por robo con violencia en la Comisaría de La Serena, lugar en donde procedió a efectuar fijaciones fotográficas a unas especies robadas que le fueron entregadas en la guardia, como aquellas recuperadas por el personal aprehensor en poder de un detenido, consistentes en una mochila, una chaqueta, un celular y una billetera, exhibiéndole la foto al afectado Contreras Mery, quien reconoció el dominio de esas especies, reconociendo por su parte el testigo González Damke, la fotografía señalada al serle exhibida por el Fiscal en la audiencia, agregando que le tomó declaración a los afectados, quienes le relataron que ese día, alrededor de las 04:00 AM, en calle Cienfuegos al llegar a Prat fueron abordados por un grupo de cuatro personas que agredieron a Felipe Ossandón, y golpearon y sustrajeron especies a Carlos Contreras. Y con las deposiciones de los testigos presentados por la defensa de Calderón Díaz, Marcos Díaz Henríquez y Norman Marín Cortés, en cuanto señaló el primero que el día 6 de septiembre de 2003 concurrió con la patrulla a cargo del Cabo González Damke a la Comisaría por un procedimiento, en el que le correspondió fijar fotográficamente unas especies producto de un delito de robo con violencia en que habían dos afectados, las que les fueron entregadas en el cuerpo de guardia, estampando el Cabo González Damke al pie de las fotos, unas leyendas con los datos que dieron los aprehensores, especies consistentes en un teléfono marca Nokia, una mochila, una billetera y una casaca de cuero café, que aparecen en las fotos que le exhibe el Fiscal, aclarando que no recuerda cuáles tomó él y cuáles González Damke. En tanto el segundo manifestó que el 6 de septiembre de 2003 se desempeñaba como vigilante nocturno de unos negocios de calle Cienfuegos entre Prat y Cordobés y encontró unos documentos botados debajo de un cono,

era una billetera o porta documentos al parecer de color verde, que es la misma que se le exhibe por el Fiscal en una fotografía, de lo que dio aviso a Carabineros quienes concurren a buscarla, agregando que habitualmente en las noches se encuentran documentos tirados en la calle.

Las violencia ejercida en contra de las víctimas para lograr el despojo de las especies que portaba Cristian Contreras Mery, se acreditó con el testimonio de éste en cuanto refirió haber sido llevado junto a un muro, en donde los cuatro sujetos procedieron a golpearlo de pies y puños, mientras lo registraban y despojaban de sus pertenencias, sufriendo, a consecuencia de dicha violencia, una fractura nasal, dato que le dio el médico que lo atendió cuando fue llevado al Hospital por Carabineros para constatar sus lesiones, y que consignó en un papel, estimando que fue una fractura porque se le hinchó la nariz y le dolía. Por su parte el testigo Felipe Ossandón Rojas señaló haber resultado con un golpe en la cabeza, que le fue propinado con la cachaca de un revolver, por uno de los sujetos que los abordó, manifestando este testigo que la intención del que lo golpeó era de asaltarlo, lo que no logró porque pudo zafarse en unos 30 segundos y huir del lugar, lesiones que fueron observadas por Carlos Contreras al manifestar que Felipe sangraba de la cabeza. Del mismo modo Felipe Ossandón Rojas vio a Contreras sangrando, cuando éste llegó al lugar en que él se encontraba, dos minutos después sin su chaqueta. Estas lesiones fueron también observadas por el Cabo González Damke quien entrevistó a las víctimas en la mañana del día 6 de septiembre en la Comisaría, señalando que uno era bajo, de tez blanca y tenía una lesión en la nariz, y el otro era de contextura gruesa y presentaba una lesión en la cabeza.

**QUINTO:** Que la prueba testimonial y fotográfica señalada precedentemente permite tener por establecido, mas allá de toda duda razonable y en concordancia con las máximas de experiencia, que el día 6 de septiembre de 2003, en horas de la madrugada en calle Cienfuegos al llegar a Prat de esta ciudad, cuatro sujetos abordaron a Cristian Contreras Mery y Felipe Ossandón Rojas, quienes se dirigían a esperar locomoción, procediendo a intimidarlos con arma blanca y de fuego, para posteriormente golpearlos con pies y puños y elementos contundentes y así obtener la entrega de especies que portaban, apropiándose de este modo de

especies de Contreras Mery, consistentes en una mochila de color azul, una chaqueta de cuero café, un teléfono celular marca Nokia y su billetera, huyendo del lugar, siendo posteriormente detenidos por Carabineros, quienes recuperaron las especies, hecho que es constitutivo del delito de robo con violencia previsto y sancionado en el artículo 436 inciso 1º del Código Penal.

Que ha quedado establecido que la violencia empleada en la persona de los ofendidos estaba dirigida a lograr la apropiación de especies muebles ajenas en contra de la voluntad de su dueño Cristian Contreras Mery, quien opuso resistencia al ataque y despojo de sus pertenencias mientras era agredido con golpes de pies y puños, como manifestó en estrados, terminando por ceder cuando sintió el arma de fuego puesta en su sien derecha y un cuchillo que lo punzaba en sus costillas, manifestando que sintió miedo ya que no sabía cómo iban a reaccionar sus agresores, quienes arrancaron del lugar con las especies en su poder, encontrando Carabineros tres de ellas en poder de uno de los sujetos a pocas cuadras del lugar, las que fueron reconocidas por Contreras Mery como de su dominio, habiéndose acreditado de esta manera el nexo entre ambas acciones.

**SEXTO:** Que las contradicciones evidenciadas por ambas defensas en los testimonios prestados por las víctimas en estrados, en relación a los que habían prestado ante el Fiscal en la época de la investigación, acerca de la entidad de las lesiones de Contreras Mery, al motivo de la reunión efectuada en casa de una compañera en Colina del Pino, a la cantidad de licor que bebieron en ese lugar antes de la ocurrencia del robo, al hecho de no recordar las características de las armas con que fueron agredidos, y al hecho de no haber visto Ossandón Rojas, la sustracción de que fue víctima Contreras, en nada desvirtúan la credibilidad de quienes fueron víctimas del delito, ya que aún cuando no se acreditaron las lesiones a través de un informe médico, el que sin embargo se confeccionó, según señaló el propio Contreras Mery, lo que aparece avalado con los testimonios de los Carabineros Flores y Pinto, en cuanto señalaron que llevaron a las víctimas a constatar lesiones al Hospital, éstas fueron acreditadas con los testimonios de los afectados y del Cabo González Damke, careciendo de relevancia para la calificación del delito de robo con violencia, que la lesión de Contreras haya sido

una contusión nasal y no una fractura nasal, como evidenció el defensor Silva de la declaración anterior prestada por Contreras ante la policía, ya que basta para establecer la violencia, el empleo efectivo de fuerza física para impedir la resistencia de la víctima a la sustracción de especies propuesta por lo hechos, la que en este caso se desplegó en forma coetánea a la sustracción. Asimismo carece de relevancia la cantidad de alcohol que éstos bebieron esa noche y si el motivo de la reunión previa de los afectados en casa de una compañera, fue la celebración de una fiesta o una reunión de estudio, porque las defensas no pudieron acreditar que éstos estuvieran bebidos como para no poder recordar lo sucedido, y porque la agresión y sustracción de especies fue acreditada también por otros medios, como fueron los testimonios de los Carabineros aprehensores que encontraron tres especies en poder de uno de los detenidos a pocas cuadras del lugar de los hechos y a solo minutos de ocurridos, especies que la víctima reconoció como suyas; el testimonio de Norman Marín Cortés en cuanto dijo que encontró la billetera que resultó ser de Cristian Contreras, debajo de un cono en el sector del robo, y el testimonio del Cabo González Damke en cuanto refirió haber escuchado el relato de los afectados quienes le señalaron que fueron robados y presentaban lesiones visibles en su rostro, reconociendo Contreras las especies que le habían sustraído cuando se las exhibió en fotografías. El hecho de no haber recordado las víctimas las características de las armas con que fueron intimidadas y golpeadas, son plenamente concordantes con las máximas de experiencias que nos dicen que cuando una persona es víctima de un delito de robo, en que se ve enfrentada, como en este caso a cuatro agresores que la golpean, insultan e intimidan en conjunto, mientras la registran para despojarla de sus pertenencias poniendo en riesgo su vida, ésta no se encuentra en condiciones de fijarse en detalles tan específicos como el calibre de un arma o si se trata de una pistola o revólver. Y por último, si bien Felipe Ossandón Rojas señaló en estrados que no vio la sustracción de especies de que fue víctima Contreras y que deduce que fue asaltado porque llegó dos minutos después de los hechos a su lado sangrando y sin su chaqueta, esta situación, lejos de desvirtuar su testimonio, lo refuerza, ya que su suposición resultó comprobada con los demás medios de prueba descritos.

**SEPTIMO:** Que la participación de los acusados Carlos Michael Barraza Ramírez y Romuald Orlando Calderón Díaz en el hecho punible determinado precedentemente, quedó acreditada mas allá de toda duda razonable con el testimonio de Cristian Contreras Mery, quien dio las características físicas de sus agresores, señalando que eran jóvenes, algunos menores de edad, vestían como “raperos”, recordando específicamente a tres de ellos, uno era mas alto que los otros, moreno, cespudo, de unos 25 años de edad y vestía camisa cuadrillé, al que recuerda porque fue el que mas lo golpeó con puños y pies en la cara, además de insultarlo sacándole la madre, y a quien se refirió como “el que la llevaba”, ya que tenía mas fuerza que los demás, a quien reconoce en la sala de audiencias, identificándose éste como Carlos Barraza Ramírez; otro mas chico, de pelo corto, que vestía chaqueta azul, que fue quien le puso el revolver en su sien derecha, y el tercero, de pelerón morado y pelo corto, quien le punzó su costilla derecha con una cuchilla, mientras le decía que soltara la cartuchera. Había un cuarto sujeto del que no recuerda sus características, sólo el color oscuro de sus manos, descripción de la que se mostró muy seguro, dando razón de ello al explicar que luego de ocurrido el hecho se retiró del lugar, alejándose de ellos y se dio vuelta, observando que los cuatro individuos revisaban juntos su mochila, la cartuchera y la chaqueta, y le dijeron que si iba a Carabineros lo iban a matar, siguió caminando y volvió a mirarlos señalándole ellos que volviera a buscar su cartuchera, lo que no hizo, oportunidades en que pudo observar a los sujetos a pocos metros de distancia, respondiendo a una pregunta de uno de los jueces, que aún cuando el lugar estaba oscuro, se veía porque había algo de luz. Agregó el testigo que antes de ir al Hospital y mientras estaban en el carro policial les hicieron devolverse a la Comisaría para efectuar un reconocimiento de unos detenidos, viendo a cuatro o cinco sujetos que les pusieron delante a unos 10 metros, de los que reconoció a cuatro, y luego cuando le mostraron fotografías, reconoció sólo a tres, no así al cuarto que tenía chaqueta azul, y al preguntarle el Fiscal si podía identificar a alguno de ellos en la sala de audiencias, reconoció sólo a Carlos Barraza Ramírez.

Con el testimonio de Felipe Ossandón Rojas quien señaló que en el reconocimiento que hizo desde el furgón policial en el patio de la Comisaría en donde

habían cinco o seis detenidos, reconoció a cuatro en forma inmediata, uno tenía el pelo largo, un metro sesenta y cinco centímetros de estatura y era el que más participaba e insultaba, otro era moreno mas bajo y mas delgado, reconociendo en la sala a ambos acusados, a Barraza Ramírez como el sujeto que golpeó a Cristian Contreras y que luego lo apuntó con un revolver, con el que luego lo golpeó en la cabeza tomándolo por la cache, y a Romuald Calderón Díaz como el que usaba melena y que era el mas “choro” de todos, no recordando lo que hicieron los otros dos sujetos, agregando que luego de volver del Hospital les hicieron hacer un reconocimiento fotográfico de los individuos pero con mas detalles, reconociendo a dos de ellos.

Por su parte los testigos Juan Manuel Flores Gaete y Jovany Pinto Capello señalaron que al llegar a calle Eduardo De La Barra, frente al Colegio San Antonio, vieron a un grupo de jóvenes, tres arrancaron hacia Balmaceda quedando seis. Flores recordó haber subido a cuatro detenidos al furgón, al que él detuvo que era moreno, crespo de 1,70 m de estatura, 22 años, vestía camisa a cuadros, a quien no le encontró especies del robo, y al que reconoce en la sala de audiencias identificándose como Carlos Barraza Ramírez. Otros dos fueron detenidos por el teniente Moreno en calle O'Higgins frente a una panadería a quien fue a prestar ayuda viendo que forcejeaban, uno de éstos era delgado, tenía melena y nariz grande, al que reconoce como el imputado Calderón Díaz en la sala de audiencias, quien llevaba la mochila descrita y trataba de zafarse del teniente, otro era moreno, pelo crespo, de unos 15 o 16 años de edad, y otro menor de unos 16 o 17 años que fue detenido por el Cabo Pinto. También había en el lugar una señorita con otro joven. El cabo Pinto dijo que se bajó del furgón y detuvo a un joven, el Cabo Flores a otro y vieron que había gente haciendo señas desde la esquina de O'Higgins con Eduardo De La Barra, lugar en donde encontraron al teniente Moreno forcejeando en el suelo con dos sujetos, uno de los cuales tenía la mochila que les habían descrito en la mano. Recordó que los detenidos eran Barraza y Calderón, y otros dos de apellidos Carámetro Ramos y Huerta Huerta. Los sujetos tenían entre 15 y 22 años de edad, dos eran bajos y uno alto. También detuvo a una mujer que estaba con otro joven, quienes decían que venían de un cumpleaños, lo que daba un total de seis personas detenidas. Agregó Pinto que

comunicaron por radio, en clave, que llevaban a los detenidos y las especies recuperadas y el teniente Moreno quien iba en Prat con Cienfuegos con los afectados dijo “comprendido” y que esperaran en la Unidad para hacer el reconocimiento, lo que hicieron entrando al patio de la Comisaría, en donde bajaron a la mujer y a los cinco jóvenes, y los afectados, a una distancia de 10 a 13 metros reconocieron a los cuatro jóvenes, no así a la pareja, escuchando ambos testigos cuando los afectados dijeron “esos son”, lo que fue ratificado por el teniente Moreno quien bajó del furgón en donde se encontraban los afectados y les comunicó a los cuatro jóvenes que estaban detenidos porque habían sido reconocidos por las víctimas, quedando la pareja en libertad.

El Cabo González Damke por su parte señaló haber concurrido a la Unidad Policial a las 7 de la mañana para tomar el procedimiento. El oficial a cargo le comunicó que había seis detenidos, pero que ya habían efectuado algunas diligencias con ellos, tales como un reconocimiento en que las víctimas habían identificado a cuatro sujetos, quedando descartada una mujer y un joven, a los que alcanzó a ver cuando llegó a la Unidad. Se comunicó con el Fiscal, quien le señaló que había recibido antecedentes del personal aprehensor tales como que eran cuatro los sujetos reconocidos por las víctimas y le encargó efectuar algunas diligencias, como indagar acerca de la real participación en el hecho de cada uno de los detenidos, consignar la declaración voluntaria de los afectados y detenidos y efectuar fijaciones fotográficas. Tomó fotografías digitales de los detenidos, recordando a dos de ellos, uno moreno de pelo ondulado corto, de estatura mediana y otro delgado, melena lisa, de apellidos Barraza y Calderón, respectivamente, a los que reconoce en la sala de audiencias, advirtiendo que Calderón tiene ahora el pelo corto y lentes ópticos. Los otros eran Huerta Huerta y Carámetro Ramos. Les exhibió las fotos a los afectados quienes se encontraban en una misma sala, para que hicieran un nuevo reconocimiento por separado, primero a Contreras Mery, quien reconoció a tres sujetos por sus características físicas y vestimentas, dejando constancia en un acta de la participación que éste le atribuyó a cada uno, a Barraza Ramírez lo reconoció en primera instancia, como el sujeto que le propinó un golpe en la nariz y quien le sustrajo las especies, al detenido Huerta Huerta, que era el jo-

ven moreno de pelo corto, como el que lo intimidó con un cuchillo en el abdomen y a Carámetro Ramos como el que lo intimidó con un arma de fuego en la cabeza. Cuando vio a Calderón Díaz en la foto exhibida, dijo que también estaba con los otros, pero no supo decir que participación le atribuía en los hechos, motivo por el cual no hizo un acta de reconocimiento a su respecto. El afectado Ossandón Rojas reconoció a Barraza Ramírez por sus características físicas y vestimentas, como el que le pegó en la cabeza, y a los otros los reconoce como los sujetos que estuvieron en el lugar pero no puede señalar lo que hizo cada uno, levantando el acta respectiva. Agregó el testigo ante una pregunta efectuada por la defensa de Barraza Ramírez, que antes de efectuar los reconocimientos fotográficos se les había tomado declaración a los afectados por los Carabineros Pinilla o Fuentealba, la que consistió en un relato voluntario previo, y sólo cuando les exhibió las fotos alrededor de las 9:00 o 9:55 horas, les pidió más detalles, levantando actas en presencia de un funcionario como testigo, haciendo presente que los afectados se encontraban muy cansados y nerviosos ya que habían pasado varias horas desde los hechos.

**OCTAVO:** Que los testimonios antes reseñados resultaron concordantes entre sí, habiendo dado razones cada uno de las supuestas contradicciones o dudas levantadas por las defensas en torno a los reconocimientos, lo que permiten tener por establecida, mas allá de toda duda razonable, la participación de ambos imputados en los hechos precedentemente tipificados.

**NOVENO:** Que la defensa de Carlos Barraza Ramírez expuso en su alegato de clausura que el Ministerio Público no logró acreditar el concierto previo de los acusados para cometer el delito, concierto que además no formó parte de la acusación fiscal como se puede apreciar en el auto de apertura del juicio oral. Tampoco se acreditó el liderazgo de su representado señalado por el Fiscal en su alegato de apertura, ni las lesiones que dicen haber sufrido las víctimas. No existe prueba suficiente para tener por establecidos los elementos del robo con violencia por el que acusó, esto es la apropiación, el ánimo de lucro, la ajenidad y la falta de voluntad del dueño de las especies. No existe ningún testigo presencial que haya visto un robo, salvo los dichos de las víctimas. El reconocimiento efectuado por éstas es irregular y poco sólido, ya que se

reconoció a cuatro personas en circunstancias que se detuvo a seis, sin que los funcionarios dieran explicación a esta situación. La forma en que se realizó lleva a incógnitas, al parecer fue ordenado por el teniente Moreno pero ningún funcionario policial lo presencié, señalando éste quienes habían sido reconocidos. El reconocimiento fotográfico fue cuasi dirigido ya que no se les mostró a nadie más fuera de los detenidos y les preguntaron si eran éstos los autores. Hay confusión absoluta acerca de las especies recuperadas, no ofreciendo claridad el medio fotográfico ocupado para su reconocimiento, siendo dudosa la propiedad de las mismas. No hay una cadena directa entre las especies encontradas y las fotografiadas. El hecho que el imputado Carlos Barraza Ramírez haya sido detenido a bastante distancia del lugar de los hechos, demuestra que éste sólo caminaba por ese sector de Eduardo De La Barra y O'Higgins con Balmaceda, sin tener relación con el hecho.

**DECIMO:** Esta defensa discute la existencia del hecho punible, tema sobre el que no volveremos por haberse razonado suficientemente en los considerandos quinto y sexto de este fallo la forma en que se acreditó el delito, agregando sólo que el ánimo de lucro se desprende del apoderamiento material efectuado por los acusados, de las especies que la víctima portaba consigo y que le pertenecían, las que fueron sacadas de la esfera de su custodia por los hechores, no siendo exigible su reducción o venta, para entender que el delito se consumó. El concierto previo de los acusados para cometer el ilícito, que sí fue parte de la acusación como se lee de los hechos descritos en el auto de apertura, al señalarse en éste que actuaron en forma conjunta, se acreditó con los testimonios de ambas víctimas que así lo relataron al referirse a cuatro sujetos que se separaron de un grupo de alrededor de diez, que cruzaron la calle Cienfuegos interceptándolos y agredidos, agregando Contreras que el hecho no fue casual sino dirigido al robo, por la forma que le pusieron el cuchillo, lo insultaron y registraron, observando cuando se alejaba de ellos, que los cuatro agresores permanecían en el lugar registrando sus pertenencias y amenazándolo para que no los denunciara, y con los testimonios de los Carabineros Flores y Pinto quienes refirieron haber visto al llegar a calle Eduardo De La Barra a un grupo de jóvenes que arrancaron en distintas direcciones, uno de los cuales te-

nía las especies de la víctima. Ninguna importancia tiene en el establecimiento del concierto, que no se haya acreditado el liderazgo supuestamente ejercido por Carlos Barraza Ramírez, al que de alguna manera se refirió Cristian Contreras Mery al señalar que era “el que la llevaba”, ya que lo que define el concierto es que los acusados en conjunto con otros dos sujetos abordaron a las víctimas con el propósito concreto de robarles. En cuanto a la alegación de esta defensa respecto de la falta de validez de los reconocimientos efectuados en sede policial, cabe señalar que la única prueba que puede ponderar el Tribunal Oral, de conformidad a lo establecido en el artículo 296 del Código Procesal Penal, es la que se rinde en el juicio oral, única etapa procesal en que es posible rendir prueba, ya que todos los demás antecedentes forman parte de la investigación y no son pruebas, y del análisis de los testimonios recibidos en el juicio, no se advierte irregularidad alguna. En el caso del reconocimiento visual, los Carabineros Flores y Pinto fueron testigos de oídas al haber escuchado cuando las víctimas enfrentadas a los detenidos, dijeron “esos son”, bajando luego del furgón en donde éstas se encontraban, el teniente Moreno, que les comunicó a los cuatro sujetos reconocidos que quedaban detenidos, reconocimiento que fue corroborado por los afectados en la audiencia respecto de Barraza Ramírez, dando suficientes antecedentes para ello, debiendo tenerse presente además, que de acuerdo a la actual legislación procesal penal, la convicción, mas allá de toda duda razonable, puede provenir de un solo testimonio, aunque éste sea el de la propia víctima, y en este caso, fueron dos los afectados que coincidieron en el reconocimiento de Barraza Ramírez, quien fue detenido a pocas cuerdas del lugar de los hechos, junto al que llevaba las especies de la víctima y a sólo minutos de ocurrido el hecho.

**UNDECIMO:** Que la defensa de Romuald Calderón Díaz señaló que al inicio del juicio el Ministerio Público insinuó la existencia de algunos problemas con la prueba, sin que haya logrado con la que rindió, dar respuesta a ellos, por lo que la sanción debe ser la absolución de su defendido. El testimonio de González Damke es valioso porque permitió determinar que ninguna de las víctimas reconoció a Calderón. Contreras identificó a tres sujetos señalando lo que hizo cada uno, entre los que no estaba Calderón. Ossandón tampoco lo

conoce. Sin embargo hubo un reconocimiento visual cuando las víctimas son devueltas al Cuartel mientras eran llevadas a constatar lesiones, pero ellas escucharon la comunicación radial de los policías en que señalaban que llevaban las especies recuperadas y a los detenidos para que los reconocieran. Flores reconoce que fueron cuatro personas las que subieron al furgón, no cinco ni seis y esas cuatro son las que bajan del furgón con las especies recuperadas siendo sometidas a un reconocimiento visual. Pero sucede que con más calma se efectúa un nuevo reconocimiento de los detenidos que fueron fotografiados por González Damke con las mismas vestimentas y se las exhiben a los afectados, quienes no reconocen a Calderón. Ninguna de las víctimas pudo decir qué hizo éste. Contreras Mery no pudo reconocer en estrados a Romuald Calderón, lo que es esencial porque él dijo que sufrió la violencia por parte de los sujetos, estando a centímetros de ellos, lo que determina ausencia de participación. Norman Marín Cortés, al ver la fotografía que le exhibió el Fiscal de las especies, se fijó sólo en la billetera que él encontró en Cienfuegos con Prat y que entregó a Carabineros, siendo posible que la mochila haya sido encontrada en la calle por Romuald Calderón, y haber callado para no ser incriminado por el delito de hurto de hallazgo. González Damke dijo que “todas las especies fueron encontradas en poder de Romuald Calderón”, lo que no fue así, las víctimas disfrazan que estuvieron en una fiesta en donde bebieron 10 litros de cerveza y no recuerdan cómo bajaron al centro, lo que ofrece duda razonable de su estado al momento de efectuar el reconocimiento. Flores dice que subieron cuatro detenidos al furgón y Pinto seis, no se sabe la identidad de la pareja, a la mujer se le dejó libre porque se puso a llorar, el Ministerio Público no menciona a esta pareja. Que a juicio de esa defensa las disposiciones pertinentes a los reconocimientos de imputados, establecidos en el Código de Procedimiento Penal que rige para los delitos cometidos antes de la reforma procesal penal, se encuentra plenamente vigente y debe ser aplicado al caso por cuanto el artículo 11 del Código Procesal Penal se remite a dicho código cuando contuviere disposiciones mas favorables al imputado. El reconocimiento físico visual de las víctimas está viciado porque no se puso a los detenidos con otras de similares características y vestimentas para no contaminar el reconocimiento, sien-

do ésta una garantía para los imputados. Por eso éstas reconocieron primero a Calderón y no después cuando les mostraron las fotografías.

**DUODECIMO:** A juicio de estos sentenciadores no es efectivo lo señalado por el defensor Castillo respecto a los reconocimientos de que fueron objeto los acusados, en especial su defendido, puesto que Romuald Calderón sí fue reconocido por los afectados cuando lo bajaron del furgón policial en el patio de la Comisaría. Si bien es cierto que Contreras no reconoció a Romuald Calderón en la sala de audiencias, se debe tener presente que desde la ocurrencia de los hechos hasta el día del juicio transcurrió casi un año, y como señalaron todos los testigos, éste a la fecha de comisión del delito tenía melena, la que ahora no tiene, el propio Contreras señaló que uno de sus agresores tenía melena, siendo perfectamente posible que este cambio físico haya impedido su reconocimiento en estrados, y si dijo no haberlo reconocido cuando el Cabo González Damke le exhibió la fotografía de éste en la misma Unidad Policial, se debe tener presente que tanto el policía como el afectado señalaron que en ese momento éste se encontraba muy cansado y nervioso, lo que es lógico si se tiene en cuenta que los reconocimientos fotográficos se efectuaron cuatro horas después de los hechos, aunque a este respecto el Cabo González Damke señaló que Contreras dijo que había visto a Calderón junto a los otros sujetos, pero no pudo especificar la actividad desplegada por éste, por lo que no levantó acta de reconocimiento. Felipe Ossandón Rojas reconoció a Calderón Díaz además en la sala de audiencias, señalando que éste era el que tenía melena a la época de comisión del delito, idéntico antecedente que entregó el Cabo González Damke al ver a Calderón en la audiencia, y si no pudo reconocerlo en el set fotográfico que éste le exhibió en la Comisaría, puede haberse debido al cansancio y nerviosismo que lo aquejaba, como señaló González Damke. No quedó acreditado como lo señala esta defensa, que los afectados hayan escuchado el comunicado radial acerca de que trasladaban a los detenidos con las especies del robo, ya que como lo señaló el Cabo Pinto, se comunicaron con la central en clave y el teniente Moreno respondió "comprendido", además el afectado Cristian Contreras expresamente señaló que no escuchó ninguna comunicación radial, y aún si así hubiera sido, no se evidenció razón alguna para estimar que

las víctimas mintieron al inculparlos. No es efectivo que el testigo Flores Gaete haya sido categórico en señalar que fueron cuatro los sujetos que subieron al furgón, él señaló que recuerda a cuatro, pero dijo previamente que luego de arrancar tres de ellos hacia Balmaceda, quedaron seis en el lugar y también recordó que había una "señorita" con otro joven, siendo plenamente concordantes, en los aspectos relevantes, su testimonio con el del Cabo Pinto. El acusado Romuald Calderón Rojas tenía las especies sustraídas en su poder al ser detenido por los aprehensores, resultando inverosímil la versión de la defensa en cuanto que éste pudo encontrar la mochila en la calle, si se tiene en cuenta que ambos afectados lo reconocieron como uno de los cuatro sujetos que los atacaron al verlo bajar del furgón policial, aún cuando no hayan podido describir la actividad desplegada por éste. El testigo González Damke no señaló en estrados que todas las especies fueron encontradas en poder del detenido, sino que ellas les fueron entregadas en la guardia en donde le dijeron que las habían recuperado de un detenido, él las fotografió y exhibió a los afectados, reconociendo Contreras propiedad sobre las mismas, lo que consignó en el acta, de manera que no existe ninguna incongruencia respecto a la forma en que éstas llegaron al poder de Carabineros, ya que la mochila, chaqueta y celular fueron encontradas por el Teniente Moreno en poder de Calderón Díaz y la billetera la encontró el testigo Norman Marín Cortés en la vía pública, mismo sector en donde se cometió el delito, la que entregó a Carabineros, siendo una máxima de experiencia que quienes roban en la vía pública revisan lo sustraído y tiran los documentos que no les sirven, señalando este mismo testigo que habitualmente encontraba porta documentos tirados en la calle, y el propio Cristian Contreras mientras se alejaba de sus atacantes se volvió a mirar y vio que los cuatro individuos revisaban las especies que le habían sustraído. Por otro lado está vedado a este Tribunal dar valor alguno a las leyendas que González Damke consignó al pie de las fotos, por tratarse de diligencias de la investigación cuya incorporación al juicio prohíbe el artículo 334 del Código Procesal Penal. La mujer detenida no fue puesta en libertad por llorar, sino porque las víctimas no la reconocieron, tampoco a su acompañante, siendo en consecuencia descartados como partícipes del delito, según lo señalaron los Cabos Flores, Pinto y González,

razón por la cual no fueron mencionados por el Ministerio Público. Por último este Tribunal no comparte la idea del defensor Castillo en cuanto a que se encuentra vigente el Código de Procedimiento Penal al no existir norma expresa en el nuevo código acerca de la forma en que deben efectuarse los reconocimientos en la etapa de investigación, y que a su juicio se encontrarían viciados los efectuados en este caso al no haberse puesto junto a los detenidos a otras personas para no contaminar el reconocimiento, ya que el Código Procesal Penal sí establece normas al respecto, entregando las facultades investigativas al Ministerio Público con prescindencia de formalidades, como se observa del tenor del artículo 77, con la sola limitación de sujetarse en forma estricta al principio de objetividad consagrado en la ley, para lo cual se auxiliará de las Policías, quienes llevarán a cabo todas las diligencias necesarias para cumplir los fines previstos en este código, en especial en los artículos 180, 181 y 187, de conformidad a las instrucciones impartidas por los fiscales, con estricto respeto de las garantías fundamentales del imputado. Por otra parte, la defensa del imputado, debe velar por este respeto, recurriendo en caso de alguna infracción, al juez de garantía, quien ejerce el control en dicha etapa procesal, ante quien se ofrecen las pruebas que se rendirán en el juicio oral, y a quien le asiste la facultad de excluirla si advierte que se han vulnerado garantías fundamentales de los imputados, todo ello de conformidad al artículo 272 en relación al artículo 276 inciso 3º del Código Procesal Penal, restando sólo al tribunal Oral ponderar la prueba rendida, luego de su examen y contra examen, como lo ha hecho.

**DECIMOTERCERO:** Que atendida la circunstancia objetiva de haber intervenido en la comisión del delito una pluralidad de personas, perjudica a ambos acusados, la circunstancia agravante de responsabilidad que establece el artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal, cual es, ser dos o más los malhechores.

**DECIMOCUARTO:** Que se tendrá por establecida en favor del acusado Carlos Barraza Ramírez, la circunstancia atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 nº 6 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior, pese a no haberse acompañado por el Ministerio Público ni por su defensa, el extracto de filiación y antecedentes que así lo demuestre, entendiendo este Tribunal que no cuenta con antecedentes penales an-

teriores, al haber sido reconocida dicha circunstancia por el propio Ministerio Público en aplicación del principio de objetividad, y por cuanto el acusado se presume inocente si no se demuestra que tienes condenas anteriores, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4º del Código Procesal Penal.

Que su defensa solicitó se considerara dicha atenuante como muy calificada, incorporando para ello prueba documental consistente en dos certificados de residencia del acusado emitidos por Carabineros y la Junta de Vecinos nº 23 "Villa San Bartolomé", que dan cuenta de un domicilio conocido dentro de la ciudad; contrato de trabajo suscrito el 3 de junio de 2002 entre el acusado y un tercero, en que el primero se obliga a conducir un vehículo liviano por un sueldo mensual de \$105.500; certificado de AFP Provida que acredita cotizaciones entre agosto de 2002 y julio de 2003; certificado de situación militar al día emitida por la Dirección General de Movilización Nacional el 8 de septiembre de 2003; certificado de estudios de Inacap que acredita participación de Carlos Barraza Ramírez y aprobación del curso Técnicas de conducción profesional de camiones de carga simple A-4 entre el 8 de mayo y el 20 de junio de 2003; certificado de la Escuela de Conductores Profesionales Inacap que acredita que el acusado obtuvo licencia de conductor profesional clase A; tres certificados anuales de estudios del acusado correspondientes a los años 1997, 1999 y 2000 del Colegio Gabriel González Videla; informe presentencial del acusado evacuado el 26 de enero de 2004 por Gendarmería de Chile que propone un tratamiento en libertad al no evidenciarse en la trayectoria vital del informado, alteraciones significativas dentro de la dinámica socio familiar, contar con trabajo y expectativas concretas y coherentes y posee mecanismos defensivos que inhiben la aparición de conductas agresivas dentro del contexto socio relacional; dos certificados de sueldos y cuatro de honorabilidad del acusado emitidos por la junta de vecinos de Avenida Islon, Martiniano Rojas Olivares, Andrés Rodríguez Rojas y Santiago Barrera A.

Que no se hará lugar a la solicitud de la defensa, por cuanto de la documental incorporada a juicio no se desprende en forma alguna que se trata de un ciudadano ejemplar que sobresale de lo común, de manera tal, que amerite calificar su conducta.

**DECIMOQUINTO:** Concurriendo respecto del acusado Romuald Calderón Díaz una agravante, no beneficiándole atenuante alguna, según se desprende de su extracto de filiación incorporado por medio de su lectura por el Fiscal, el Tribunal estará a lo dispuesto en el artículo 68 inciso 2º del Código Penal, no imponiéndole la pena en su mínimo; y concurriendo respecto del acusado Carlos Barraza Ramírez una agravante y una atenuante de responsabilidad penal, efectuada la compensación racional de ambas circunstancias modificatorias, el Tribunal tiene la facultad de recorrer la pena en toda su extensión, la que impondrá en su mínimo.

**DECIMO SEXTO:** No se analiza el testimonio de Jorge Segundo Cortés Aguilera por cuanto nada pudo aportar a los hechos de la causa. Que la prueba documental incorporada por la defensa de Romuald Calderón Díaz mediante su lectura resumida durante la audiencia, consistente en dos certificados de alumno regular, dos contratos de prestación de servicios y ocho copias de boletas de pago, documentos todos referidos al Centro de Formación Técnica Los Fundadores y a Romuald Calderón Díaz, correspondientes a los años 2003 y 2004; certificado de concentración de notas; informe anual de crecimiento y desarrollo personal y Licencia de enseñanza media emitidos por el Liceo Ignacio Carrera Pinto el 27 de diciembre de 2002; y certificado de participación en curso de asistente administrativo computacional de 31 de enero de 2003 emitido por Inacap, no se analizan por no tener relación alguna con el hecho punible materia de la acusación fiscal, ni con la participación de este acusado, no habiéndose solicitado por su defensa atenuante alguna que amerite su análisis.

Y Vistos además lo dispuesto en los artículos 1, 11 n° 6, 14 n° 1, 15 n° 1, 18, 24, 28, 50, 68, 69, 76, 342, 436 inciso 1º y 456 bis n° 3 del Código Penal; artículos 45, 295, 296, 297, 325, 338 y sgts, 346 y 348 del Código Procesal Penal, **se declara:**

I.- Que se condena al acusado **Carlos Michael Barraza Ramírez**, ya individualizado, a sufrir la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, y al acusado **Romuald Orlando Calderón Díaz**, ya individualizado, a sufrir la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, y a ambos acusados 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, como coautores del delito de robo con violencia en perjuicio de Cristian Contreras Mery y Felipe Ossandón Rojas, perpetrado el 6 de septiembre de 2003 en esta ciudad.

II- Atendida la cuantía de la pena corporal impuesta a los sentenciados, no se les concede ninguno de los beneficios alternativos de cumplimiento que establece la ley 18.216, debiendo cumplir efectivamente la pena, la que se contará, en el caso de Carlos Barraza Ramírez, desde el 6 de septiembre de 2003, fecha desde la cual permanece ininterrumpidamente privado de libertad, sirviéndole de abono a Romuald Calderón Díaz, dos días que permaneció detenido, entre el 6 y 8 de septiembre de 2003, según se lee en el auto de apertura del juicio oral.

III- Devuélvase a las partes en su oportunidad, la prueba documental y fotográfica incorporada al juicio.

IV- Remítanse oportunamente los antecedentes pertinentes al juez de Garantía correspondiente para los efectos del cumplimiento de esta sentencia.

**Rol 62-2004.**

Redactada por la magistrado doña María del Rosario Lavín Valdés.

Pronunciada por los magistrados del tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, doña Caroline Turner González, don Jaime Meza Sáez, subrogando legalmente y doña María del Rosario Lavín Valdés.

**La Serena, diez de noviembre de dos mil cuatro. VISTOS:**

En los antecedentes Rol Único N° 0310003897-7 la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena integrada por la Juez Presidente doña Caroline Turner González y los jueces Jaime Meza Sáez y María del Rosario Lavín Valdés, por sentencia de fecha 12 de julio de 2004 condenó a Carlos Michael Barraza Ramírez y a Romuald Orlando Calderón Díaz, como autores de robo con violencia en perjuicio de Cristian Contreras Mery y de Felipe Ossandón Rojas, cometido el 6 de septiembre de 2003 en esta ciudad de La Serena, a las penas de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y de diez años y un día de presidio mayor

en su grado medio respectivamente y además en ambos casos a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para el ejercicio de profesiones titulares mientras duren las condenas y al pago de las costas de la causa. En contra de esta sentencia los acusados interponen sendos recursos de nulidad, solicitando Calderón Díaz como petición principal la invalidación de la misma y del juicio oral y subsidiariamente que solamente se anule la sentencia impugnada y que se dicte una de reemplazo que lo absuelva de los cargos de la acusación y pidiendo por su parte Barraza Ramírez la nulidad de la sentencia y dictación de una sentencia de reemplazo absolutoria. Declarados admisibles los recursos se llevó a efecto la audiencia para su conocimiento.

**CONSIDERANDO:**

**RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO POR EL ACUSADO ROMUALD CALDERÓN DIAZ:**

**PRIMERO:** Que en el primer motivo absoluto de nulidad en que se basa el recurso, que es el contemplado en el art. 374 letra e) en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del Código Procesal Penal, alega el recurrente que la sentencia en su considerando quinto estableció lo siguiente, ...cuatro sujetos abordaron a Cristian Contreras Mery y Felipe Ossandón Rojas, quienes se dirigían a esperar locomoción, procediendo a intimidarlos con arma blanca y de fuego, para posteriormente golpearlos con pies y puños y elementos contundentes y así obtener la entrega de las especies..., sin embargo lo relatado por los testigos Cristian Contreras Mery y Ricardo González Damke ante el Tribunal Oral fue diametralmente opuesto a tales hechos que tuvo por establecidos la sentencia. Así, Contreras Mery, interrogado por el fiscal reconoció a Carlos Barraza Ramírez, no recordando a algún otro de los asaltantes entre los presentes en la sala. El testigo Felipe Ossandón Rojas de las fotografías que le exhibió un policía de civil, reconoció a dos personas como asaltantes. El testigo Ricardo González Damke, señala que el testigo Ossandón Rojas le refiere que reconoce a Carlos Barraza Ramírez como la persona que lo agredió, agregando que las otras personas estuvieron ahí pero que no puede afirmar si le sustrajeron algo o que participación les cupo. El mismo testigo González Damke declara que Cristián Contreras, al exhibírsele las fotografías expresó no recordar

que Romuald Calderón le hubiera sustraído algo o le hubiera golpeado, no lo reconoció como participante directo. En suma, declara que ni Contreras ni Ossandón reconocieron ante él a Romuald Calderón como participante directo. Los jueces, agrega el recurrente, de haber valorado como correspondía las declaraciones de testigos en referencia, debieron haber concluido que Romuald Calderón no tuvo participación punible en los hechos. Esto importa que la sentencia no ha sido extendida en la forma dispuesta por la ley. El Tribunal de Juicio Oral no describió aquello que declararon los testigos, sino que en su sentencia se colocaron expresiones que no fueron vertidas por los mismos, alterándose y mutilándose el contenido exacto de cada declaración. El tribunal si hubiese valorado adecuadamente los medios de prueba, esto es, los dichos de los testigos, necesariamente debió haber concluido que solamente tres sujetos participaron en calidad de autores de los hechos materia de la acusación y que entre esos individuos no estaba Romuald Calderón Barraza, quien debió haber sido absuelto.

**SEGUNDO:** Que de lo anteriormente señalado se desprende que lo afirmado por el recurrente es que en la sentencia se efectuó una errónea apreciación de la prueba en orden a establecer la participación de autor que habría cabido al acusado Calderón Barraza en el delito de robo con violencia materia de la acusación, al no haberse valorado por el tribunal los dichos de los testigos Cristian Contreras Mery y Ricardo González Damke, que lo exculpaban, infringiéndose de tal manera el art. 297 del Código Procesal Penal al no valorarse toda la prueba rendida, prueba que de haberse valorado según postula el recurrente, habría conducido a la absolución de Calderón. Sin embargo de lo señalado por la defensa del acusado Calderón Barraza, de la lectura de la sentencia impugnada en su fundamento 7º, se comprueba que el tribunal a quo se hizo cargo de lo declarado por el testigo y víctima del delito, Cristian Contreras Mery, como asimismo de lo declarado por el cabo de Carabineros Ricardo González Damke en relación a la participación que le cupo en el ilícito al acusado en referencia. La circunstancia de que el fallo recurrido contenga una valoración de los medios de prueba en análisis diferente a aquella que pretende que se efectúe el recurrente, no significa que falte dicha valoración. En todo caso debe dejarse dicho que si bien en la audiencia del juicio oral el deponente Contreras no reconoció a Calderón como

uno de sus asaltantes, señaló que había un cuarto sujeto cuyas características no recordaba en ese momento. En relación a esto el carabinero González Damke declara que Cristian Contreras al exhibirle en la unidad policial la foto de Calderón, lo reconoció como que estaba entre los que lo asaltaron, pero que no supo decir con certeza que participación le cupo. Estos antecedentes además no han sido los únicos que se han rendido en el juicio oral en orden a acreditar la participación de Romuald Calderón en el ilícito por el cual fue acusado, ya que figuran orientadas también a lo mismo otros antecedentes analizados en el fundamento 7º, como ocurre con la declaración de la otra víctima del delito, Felipe Ossandón Rojas, quien se refiere a Calderón Díaz, como el que usaba melena y que era el más choro de todos; además están las declaraciones de los carabineros aprehensores Juan Flores Gaete y Jovany Pinto Capello, en que Flores expresa que auxiliaron al teniente Moreno, quien forcejeaba con dos sujetos, uno de los cuales resultó ser Romuald Calderón, a quien reconoce en la sala de audiencia y el cual llevaba la mochila sustraída. Por su parte el cabo Pinto también señala que encontraron al teniente Moreno forcejeando en el suelo con dos sujetos, uno de los cuales llevaba la mochila y que los detenidos fueron Barraza y Calderón y otros dos de apellidos Carámetro Ramos y Huerta Huerta, habiéndose detenido además a una mujer y a otro joven, agregando que los afectados a una distancia de diez o trece metros reconocieron a los cuatro jóvenes, no así a la pareja. De lo anteriormente citado no resulta ser efectivo lo dicho por el recurrente en orden a que los testigos Contreras Mery y González Damke nieguen expresamente su participación en el ilícito por el cual fue acusado y la posible debilidad de que pudo adolecer lo declarado por Contreras en cuanto a decir específicamente que acciones en su contra desarrolló Calderón, sin embargo se ve aclarado y complementado por los restantes testimonios citados, valoración que por lo demás es privativa del tribunal de la instancia y que sólo se puede estimar como infractora de la norma sobre apreciación de la prueba del art. 297 del Código Procesal Penal en casos extremos como pudiera ser aquellos en que al valorarse la prueba se llegue a conclusiones que vayan en contra de la lógica, los máximas de la experiencia y/o los conocimientos científicamente afianzados, o que se efectúe un análisis de la prueba en que se concluya esta-

bleciendo un hecho determinado en circunstancias que toda la prueba rendida, sin excepción conduzca a la acreditación de otro diferente, o que se omita todo análisis de antecedentes probatorios que revisitan importancia crucial para el establecimiento del cuerpo del delito materia de la acusación o de la participación en el mismo de los imputados.

**TERCERO:** Que la segunda causa de nulidad en que basa su recurso la defensa del imputado Calderón Díaz es la señalada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal esto es haberse efectuado una errónea aplicación del derecho que ha influido en lo dispositivo del fallo, señalando que ella se produce por lo siguiente: De los hechos establecidos en la sentencia no se desprende la concurrencia respecto de Calderón de los requisitos del Art. 15 N° 1 del Código Penal para castigarlo como co-autor. De acuerdo a la norma en referencia se consideran autores a los que toman parte en la ejecución de un hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite. En cuanto a la ejecución del hecho de manera inmediata y directa, es la conducta atribuida a Calderón?, o qué parte de la sentencia aparece descrito y establecido que él participó en los hechos golpeando, hiriendo, maltratando, etc.? que parte de la sentencia se encuentra el establecimiento de aquellos actos de ejecución realizados por Calderón? Ni en los considerandos 4º ni 8º, referentes a la participación de los acusados, se describe ni se menciona la conducta punible desplegada y atribuida a Romuald Calderón. En el considerando 7º no se establece tampoco cuál es la participación delictual atribuida a Calderón Díaz ni cual es la conducta desplegada por él mismo. No existe en la sentencia descripción alguna de una conducta concreta determinada y específica que permita dar por establecida su participación punible, tal como el Art. 15 N° 1 del Código Penal exige. En el considerando 12º, que se hace cargo de las alegaciones finales de la defensa de Calderón, tampoco se describe cual es la conducta desplegada y atribuida a éste en los hechos materia de la acusación. En la acusación fiscal se atribuyó a los acusados la calidad de autores directos e inmediatos de conformidad al Art. 15 N° 1 del Código Penal, sin embargo en parte alguna se establecen y describen los hechos llevados a cabo por Calderón Díaz, que pudiesen ser encuadrados dentro de la acusación en su calidad de autor del Art. 15 N° 1 del Código Penal y del tipo descrito en el Art. 436 inciso 1º del mismo Código.

**CUARTO:** Que de la lectura de la sentencia se comprueba que en su fundamento 5º se tiene por acreditado el hecho punible, expresándose, que el día 6 de septiembre de 2003, en horas de la madrugada en calle Cienfuegos al llegar a Prat de esta ciudad, cuatro sujetos abordaron a Cristian Contreras Mery y Felipe Ossandón Rojas, quienes se dirigían a esperar locomoción, procediendo a intimidarlos con arma blanca y de fuego, para posteriormente golpearlos con pies y puños y elementos contundentes y así obtener la entrega de especies que portaban, apropiándose de este modo de especies de Contreras Mery, consistentes en una mochila de color azul, una chaqueta de cuero café, un teléfono celular marca Nokia y su billetera, huyendo del lugar, siendo posteriormente detenidos por Carabineros, quienes recuperaron las especies. En el fundamento 7º por otra parte se señala, Que la participación de los acusados Carlos Michael Barraza Ramírez y Romuald Orlando Calderón Díaz en el hecho punible determinado precedentemente, quedó acreditada más allá de toda duda razonable con Después se refieren las declaraciones de testigos rendidas en el juicio oral en orden a acreditar la participación de los acusados en el ilícito, la cual no puede ser otra que alguna de las descritas en el fundamento 5º, esto es, haber intimidado con arma blanca y de fuego y golpear con pies y puños y elementos contundentes, conductas todas que fueron desplegadas por los hechos respecto de las víctimas. La circunstancia de que no se describe exactamente el tipo de violencia ejercida por Calderón, esto es si fue por medio de los pies o puños o golpeando con algún objeto a las víctimas, resulta irrelevante, al estar comprobado que tales víctimas fueron objeto de lesiones al ser asaltadas y sustraérseles las especies, especies que poco después en su mayor parte fueron encontradas en poder de Calderón, lo que lo puso además en la situación de presunto autor del robo con violencia que se tuvo por probado, de acuerdo al Art. 454 del Código Penal. De esta manera entonces no se puede decir que en el fallo no se haya expresado que a Calderón le cupo una participación inmediata y directa en el delito por el cual fue acusado.

**RECURSO DE NULIDAD INTERPUESTO POR EL ACUSADO CARLOS MICHAEL BARRAZA RAMÍREZ.**

**QUINTO:** Que respecto de la primera causal invocada, esto es la del Art. 373, letra a), cuyo conocimiento corresponde a la Excm. Corte Suprema, conforme lo indica el Art. 376 inciso 1º del Código Procesal Penal, ese alto Tribunal ya emitió su pronunciamiento por resolución rolante a fojas 73.

**SEXTO:** Que en el conocimiento del recurso, esta Corte se circunscribirá a las restantes causales invocadas, esto es aquella del Art. 373 letra b) y 374 letra f) del Código Procesal Penal.

**SÉPTIMO:** Que en relación a la causal de nulidad del Art. 374 letra f) del Código Procesal Penal, esto es haberse dictado la sentencia con infracción a lo prescrito en el Art. 341 del mismo Código, el recurrente expresa lo siguiente: En el Art. 341 del Código Procesal Penal se encuentra el principio de la congruencia, según el cual la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. La sentencia impugnada excedió el contenido de la acusación, toda vez que condenó por robo con violencia sobre la base de hechos o circunstancias que no estaban incluidos en ella, como eran la ausencia de la voluntad del presunto dueño de las especies y el ánimo de lucro. Estos elementos subjetivos integradores del tipo, al no haber formado parte de la acusación, la sentencia no ha podido tenerlos por concurrentes y condenar por ese tipo penal sin violar flagrantemente el principio de la congruencia.

**OCTAVO:** Que del contenido del auto de apertura del juicio oral en la parte en que es referente a la acusación objeto del juicio, en que se señala, Que el día 06 de septiembre de 2003 siendo aproximadamente las 4:40 horas en calle Cienfuegos casi al llegar a calle Prat de la ciudad de La Serena, los acusados en conjunto con un menor de edad que fue declarado sin discernimiento y otro menor inimputable, interceptaron a don Cristian Contreras Mery y a don Felipe Ossandón Rojas, quienes se dirigían a esperar locomoción, procediendo a intimidarlos con armas blancas y de fuego, para posteriormente golpearlos con sus pies, puños y con elementos contundentes, para obtener la entrega de las especies que portaban, para luego, apropiarse de las especies que Contreras Mery portaba consistentes en una mochila de color azul marca Head, una chaqueta de cuero color café, un teléfono celular marca Nokia y su billetera, huyendo del lugar. Los acusados fueron detenidos posteriormente por Carabineros, quienes recuperaron las especies, se desprende que los elementos que echa de menos

la defensa del acusado Barraza, se encuentran considerados dentro de la descripción de los hechos efectuada en la acusación y así, resulta clara del texto antes citado la contrariedad de la voluntad de las víctimas y particularmente de Contreras Mery - a quien lograron quitarle sus pertenencias agrediéndolo - respecto a que los imputados se apropiaran de las especies muebles que portaban. Por otra parte en cuanto a la alegación de que no aparecería descrito el ánimo de lucro entre los hechos de la acusación, debe estimarse que también tal elemento consistente en el beneficio económico que pretendían obtener los acusados de las especies objeto del delito - se encuentra aludido al señalarse que las especies de que se apropiaron fueron recuperadas de su poder con posterioridad al ser detenidos. Su conservación en poder de los hechos revela el propósito de obtener un beneficio económico de las especies, ya que si él no hubiera existido no las habrían mantenido en su poder.

**NOVENO:** Que respecto a la causal de nulidad del art. 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es haberse efectuado en el pronunciamiento de la sentencia una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, expresa el recurrente que ello ha sucedido respecto a los artículos 1º, 11 N° 6, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 24, 28, 50, 68, 69, 76, 432, 436 inciso 1º y 456 Bis N° 3 del Código Penal, mala aplicación del derecho que surgiría de la equivocación de los sentenciadores consistente en tener por acreditada en la sentencia la ausencia de voluntad del presunto dueño de las especies y el ánimo de lucro de los

acusados, en circunstancias que aquellos no formaron parte del auto acusatorio de apertura, lo que generó a su turno otro inmediato error de derecho, como fue la aplicación de las normas penales relativas al robo con violencia. Esta causal se estima del caso desecharla en atención a las razones dadas en el fundamento anterior para considerar que no es efectivo que se haya omitido en la exposición de los hechos contenida en la acusación fiscal y a que se alude en el auto de apertura del juicio oral, la referencia a la ausencia de voluntad del presunto dueño y al ánimo de lucro con que actuaron los imputados al proceder a la apropiación de las especies, lo que hace que al aludir la sentencia a tal es elementos en la configuración del cuerpo del delito no infringió el principio de la congruencia e hizo además correcta aplicación de las normas del Código Penal que el recurrente señala como indebidamente aplicadas.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los Arts. 360, 372 y 384 del Código Procesal Penal, se rechazan los recursos de nulidad interpuestos por los acusados Carlos Michael Barraza Ramírez y Romuald Orlando Calderón Díaz a fs. 46 y 16 de estos antecedentes en contra de la sentencia definitiva dictada el doce de julio de dos mil cuatro por la Tercera Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de La Serena que rola de fs. 1 a 15.

Regístrese y devuélvase.

Redactada por don Jaime Franco Ugarte, Ministro Titular.

Rol N° 203-2004.-

- **Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa por una supuesta errónea aplicación del derecho.**

**Tribunal: Corte de Apelaciones de Puerto Montt.**

**Resumen:**

*El Tribunal de Garantía condenó en procedimiento simplificado por el delito de manejo en estado de ebriedad, condenando al acusado a las penas de veintiún días de prisión en su grado medio, multa de una U.T.M., y a la suspensión de la licencia de conducir por nueve meses. La Defensa interpuso un recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, argumentando que en virtud de lo establecido en el artículo 395 del mismo cuerpo legal, el Tribunal debió aplicar las penas en forma alternativa y no copulativa. La Corte rechazó el recurso señalando que el citado artículo no modifica la penalidad establecida en el artículo 196 letra e) de la ley 18.290, sino que permite al Juez prescindir de la pena de prisión si estima que no concurren antecedentes calificados que la ameriten. En el caso en concreto esto no ocurrió, por cuanto el Juez señaló que la existencia de antecedentes por el mismo delito exigían la aplicación de la pena privativa de libertad. En cuanto a la sanción de suspensión de la licencia de conducir, señaló que ésta es una pena accesoria siempre se debe imponer, sea con la única pena de multa, o una pena de prisión.*

**Texto completo:**

Puerto Montt, veinticinco de Noviembre de dos mil cuatro.

**VISTOS:**

Consta de los antecedentes remitidos por el Juzgado de Letras y Garantía de Quellón, que la Defensora Penal, doña María del Rosario Salamanca, dedujo Recurso de Nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada en procedimiento simplificado en la causa RUC N° 0400166664 y RIT 358-2004, contra Rubén Alejandro España Triviño, como autor del delito de manejo de vehículo motorizado en estado de ebriedad, en la que se le condenó a las penas veintiún días de prisión en su grado medio, a la pena de una multa de una Unidad tributaria Mensual, y a la suspensión de la Licencia de conducir por nueve meses. Funda su recurso en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, estimando que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho que influye en lo dispositivo del fallo, causal que se configura toda vez que en el procedimiento simplificado el imputado admitió responsabilidad en los hechos de acuerdo con el artículo 395 del Código Procesal

Penal, imponiéndole finalmente el tribunal en forma copulativa tres penas, prisión, multa y suspensión de licencia de conducir y no en la forma alternativa que claramente se desprende de la redacción y tenor literal del artículo 395 inciso segundo del Código Procesal Penal. Agrega aplicando el artículo 395 no surge posibilidad para el juzgador de impone conjuntamente las penas de multa, prisión y suspensión de licencia de conducir, pues si el propósito y espíritu del legislador hubiere sido éste se habría empleado términos categóricos tales como además o en forma conjunta. Agrega que la errónea aplicación del derecho ha influido en lo dispositivo de la sentencia, pues de no haberse cometido, el juzgador no habría condenado a cumplir tres penas en forma conjunta y ha importado trasgresión a las normas del artículo 395 inciso 2 del Código Procesal Penal y artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República. Indica que en la audiencia, el imputado previa advertencia de sus derechos y de la imposición de la pena de multa o eventual aplicación de prisión en caso de existir antecedentes calificados, admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento. En virtud del reconocimiento efectuado por el imputado

la defensa solicitó que no se le aplicara la pena de prisión, sino la multa, habiendo solicitado el Ministerio Público la imposición de la pena de prisión en su grado máximo, multa de cuatro unidades tributarias mensuales y la suspensión de la licencia de conducir por nueve meses. Solicita en consecuencia se acoja el recurso de nulidad, se anule la sentencia y se dicte una de reemplazo que se limite a la condena sólo de una pena de multa o una de prisión.

Con fecha once 16 de noviembre último se procedió a la vista del recurso con la presencia del abogado de la Defensoría Regional Germán Echeverría Ramírez y de la Fiscalía Regional Sergio Coronado Rocha, fijándose al concluir la audiencia como fecha para la lectura del fallo el día veinticinco de noviembre en curso.

#### **CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que a través del presente recurso de nulidad deducido por la defensa de Rubén Alejandro España Triviño, se pretende la invalidación de la sentencia de 16 de octubre de 2004 que le condenó como autor del delito de manejo de vehículo motorizado en estado de ebriedad, a las penas veintidós días de prisión en su grado medio, a la pena de una multa de una Unidad tributaria Mensual, y a la suspensión de Licencia de conducir por nueve meses. Se funda el recurso en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, estimando que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho que influye en lo dispositivo del fallo, causal que se configura por el hecho que en el procedimiento simplificado el imputado admitió responsabilidad en los hechos de acuerdo con el artículo 395 del Código Procesal Penal, imponiéndole finalmente el tribunal en forma copulativa tres penas, prisión, multa y suspensión de licencia de conducir y no en la forma alternativa que claramente se desprende de la redacción y tenor literal del artículo 395 inciso segundo del Código Procesal Penal. Agrega que la errónea aplicación del derecho ha influido en lo dispositivo de la sentencia, pues de no haberse cometido el juzgador no habría condenado a cumplir tres penas en forma conjunta y ha importado trasgresión a las normas del artículo 395 inciso 2 del Código Procesal Penal y artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución

Política de la República puesto que el imputado previa advertencia de sus derechos y de la imposición de la pena de multa o eventual aplicación de prisión en caso de existir antecedentes calificados, admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento. En virtud del reconocimiento efectuado por el imputado la defensa solicitó que no se le aplicara la pena de prisión, sino la multa, habiendo solicitado el Ministerio Público la imposición de la pena de prisión en su grado máximo, multa de cuatro unidades tributarias mensuales y la suspensión de la licencia de conducir por nueve meses.

**SEGUNDO:** Que infracción al artículo 115 A, de la ley 18.190, tratándose del manejo de vehículo motorizado en estado de ebriedad, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 196 letra e) de la misma ley, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo, y multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, cuando no se ocasiona daño alguno, o que con ello se causen daños materiales o lesiones leves, a lo que debe agregarse como pena accesoria la suspensión de licencia para conducir vehículo motorizado por el termino de seis meses a un año.

**TERCERO:** Que como se observa del tenor literal del artículo 196 letra e) de la Ley 18.290 citado en el considerando anterior, base jurídica alguna tiene la argumentación de la defensa en el sentido que las penas establecidas en dicha disposición no son copulativas sino alternativas.

**CUARTO:** Que la pena asignada en el artículo 196 letra e), puede verse alterada en virtud de lo dispuesto en el artículo 395 del Código Procesal Penal cuando habiendo el imputado admitido responsabilidad en los hechos no concurren antecedentes calificados que justifique la imposición de una pena de prisión o cuando previa a la admisión de responsabilidad el juez no le hubiere advertido acerca de la posibilidad de aplicarle pena de prisión por concurrir tales antecedentes calificados. Casos en los cuales sólo podría imponerle la pena de multa y accesoria de suspensión del permiso o licencia para conducir.

**QUINTO:** Que, en el caso de autos, se puso en conocimiento del imputado el requerimiento por el cual el Ministerio Público solicitó que como autor del delito de manejo de vehículo motorizado en estado de ebriedad sin causar daños o lesiones a terceros

fuere condenado a la pena de prisión en su grado máximo, específicamente a 60 días de prisión, además una multa de cuatro Unidades Tributarias Mensuales y la suspensión de la licencia de conducir por seis meses.

**SEXTO:** Que en el caso sub-lite, consta del registro de la audiencia, que a requerimiento del Ministerio Público el Juez de Garantía le advirtió al imputado sobre el hecho que la admisión de responsabilidad no implicaba la posibilidad de que no pudiera ser condenado a una pena de prisión y también a una pena de suspensión de la licencia, procediendo luego de ello el imputado a la admisión de responsabilidad.

**SEPTIMO:** Que el juez de la causa estimó que concurrían antecedentes calificados que hacían improcedente la aplicación tan sólo de la pena de multa, dado que el sentenciado tiene dos condenas anteriores por el mismo delito, lo que a su juicio es constitutivo de una actuación que raya en la negligencia, por las consecuencias gravísimas para él y para terceras personas.

**OCTAVO:** Que en consecuencia en el caso de autos, no nos encontramos frente a aquella situación en que el juez debe limitarse a la aplicación únicamente de la pena de multa y accesoria de suspensión de licencia de conducir, por lo que bien ha podido aplicar también la pena de prisión que copulativamente con la de multa establece el artículo 196 letra e), de la Ley de Tránsito.

**NOVENO:** Que en cuanto a la aplicación de la pena accesoria de suspensión de la licencia de conducir,

no cabe sino reiterar el concepto de estos sentenciadores, ya expresado en anteriores fallos sobre la materia en el sentido que tal pena es accesoria, ya sea a la sola aplicación de multa o a la de prisión.

**DECIMO:** Que por lo expuesto, la Corte estima que no se ha configurado la causal de nulidad contemplada en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por lo que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 384 del mismo Código, se rechazará el Recurso de Nulidad, interpuesto por la defensa del sentenciado.

Con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 15 letra A y 196 letras E ) de la ley 18.290; y artículos 395 352, 358, 360, 372, 373 letra b) 376, 395 y 399 del Código Procesal Penal, se declara: Que se rechaza el recurso de nulidad deducido por la defensa de Rubén Alejandro España Triviño, en contra de la sentencia de fecha de 16 de octubre de 2004, dictada en estos autos por el Juez subrogante de Letras y Garantía de Quellón don Rodrigo Hormazabal Montecino.

Regístrese, dése a conocer a los intervinientes en la audiencia fijada para el efecto, sin perjuicio de notificarse por el estado diario.

Redacción del Ministro Sr. Hernán Crisosto Greisse. Pronunciada por los Ministros Sra. Teresa Mora Torres, Sr. Hernán Crisosto Greisse, y Sra. Sylvia Aguayo Vicencio.

Rol 319 - 2004

- **Rechaza recurso de queja interpuesto por la Defensa en contra de tres Jueces de Garantía por sus resoluciones.**

**Tribunal: Corte de Apelaciones de Antofagasta.**

**Resumen:**

*La Defensa interpuso un recurso de queja en contra del primer Juez por haber hecho una aplicación extensiva y abusiva del artículo 258 del Código Procesal Penal al haber remitido los antecedentes al Fiscal Regional luego de haberse comunicado la decisión de no perseverar por parte del Fiscal Adjunto del caso; en contra del segundo Juez por haber accedido a la presentación de la acusación por parte del querellante en la audiencia en que se dio a conocer la respuesta del Fiscal Regional, y en contra de la tercera, por haber tenido por deducida la acusación particular sin establecer la fecha de la audiencia de preparación del juicio oral. La Corte rechazó el recurso. Respecto de la Jueza, por cuanto la omisión involuntaria fue salvada oportunamente. Respecto de los otros dos, porque sus actuaciones sólo se refirieron a interpretaciones de la normativa procesal, debiendo concederse que el artículo 258 en su inciso penúltimo, respecto de la facultad que establece, efectivamente resulta ambiguo.*

**Texto completo:**

Antofagasta, veinticinco de noviembre de dos mil cuatro.

**VISTOS:**

A fojas 9 y siguientes Santiago Solar Lamig, empleado domiciliado en calle Navidad N° 130 de esta ciudad ha interpuesto queja disciplinaria en contra de los jueces de garantía de esta ciudad, Jorge Sáez San Martín, Frederick Roco Alvarado y Marcela Sandoval Durán, quienes a fojas 30 y siguientes emitieron sus respectivos informes, agregándose a fojas 51 una presentación del Ministerio Público, relativa a los temas objeto del reclamo.

**PRIMERO:** Que Santiago Solar Lamig ha interpuesto recurso de queja disciplinaria en su calidad de imputado en la causa RUC 0310002775-4 y RIT 3827-03, por el delito de apropiación indebida de especies, en contra de los jueces de garantía Jorge Sáez San Martín, Frederick Roco Alvarado y Marcela Sandoval Durán.

**SEGUNDO:** Que respecto Jorge Sáez San Martín, se invoca como abusiva su actuación al haberse ordenado en audiencia del 19 de julio de 2004, mediante resolución del día siguiente que después de

haberse comunicado la decisión de no perseverar, los antecedentes fueran remitidos al Fiscal Regional para los efectos de lo dispuesto en el artículo 258 del Código Procesal Penal, estimándose que constituye un abuso porque esta solicitud sólo está dispuesta para el caso que el Ministerio Público pida el sobreseimiento de los antecedentes; exista un querellante particular y que además se oponga a esta decisión; lo que a su juicio no sólo es errada, sino que actúa al margen del derecho, arrogándose facultades que no posee, provocando un daño al suscrito.

**TERCERO:** Que sobre Frederick Roco Alvarado, se reclama que el 19 de agosto del presente año se celebró una audiencia en la cual se comunicó el tenor de la respuesta del Fiscal Regional, pidiendo el querellante el ejercicio del derecho previsto en el artículo 258 inciso cuarto del Código respectivo, o sea la facultad de presentar acusación en forma independiente del Ministerio Público, a lo que el juez accedió, autorizando al querellante para deducir dicha acusación, lo que se estima improcedente porque no se ha formalizado la investigación, la oportunidad procesal ha precluido y porque tanto el querellante como el juez de garantía erraron en la aplicación e interpretación de la norma aludida,

más aún si el juez reconoce expresamente que la formalización de la investigación no es similar a la querrela y si se tiene presente que cuando la ley habla de derechos se refiere a acusar separadamente o en forma particular, sosteniendo la acusación en los mismos términos que el Código establece para el Ministerio Público.

Asimismo, se postula que la sola interposición de la querrela no produce los efectos de la formalización y, por ende, no puede ser reemplazada, de manera que si ambas actuaciones son diferentes y sus efectos también lo son, no puede habilitar la primera la posibilidad de acusar válidamente, sin perjuicio del principio de congruencia o convergencia que nace a partir de la formalización de la investigación.

**CUARTO:** Que con relación a Marcela Sandoval Durán, se sostiene que dicha juez el 26 de agosto de 2004 tuvo por deducida la acusación particular sin establecer una fecha para la celebración de la audiencia de preparación del juicio oral, desobedeciendo el mandato legal del artículo 260 del Código del Ramo, porque en definitiva deja al suscrito en total indefensión, al no tener certeza de la fecha en que se deberá realizar dicha audiencia y además porque se traba gravemente el ejercicio de los derechos conferidos al acusado, convirtiendo así en una quimera las garantías que todo proceso válidamente realizado debería otorgar a las partes.

**QUINTO:** Que, finalmente, estima que estas resoluciones han sido abusivas y configuran situaciones que atentan gravemente contra un procedimiento justo en contra del suscrito y se traducen en una vulneración grave a la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política de la República al actuar contra derecho que deja en la incertidumbre al quejoso.

**SEXTO:** Que el Juez de Garantía Jorge Eduardo Sáez San Martín, en su informe respectivo de fojas 33 y siguientes, indica que sólo intervino en la audiencia del 20 de julio pasado, donde se dispuso la remisión de los antecedentes al Fiscal Regional y no en la autorización al querellante para deducir acusación particular para lo cual debe considerarse que el legislador no se pronunció expresamente por el sinnúmero de situaciones que pueden plan-

tearse y que deben ser resueltas necesariamente por el juez aún a falta de norma expresa. Para ello, cita opiniones de la doctrina y reseña una exhaustiva enunciación de problemas no resueltos, partiendo de la base que la ley reconoce específicamente el derecho del querellante a oponerse a la solicitud de sobreseimiento formulada por el Fiscal, estando vedado para el juez resolver en contra del derecho contemplado en la Constitución y los Tratados Internacionales, porque la decisión de no perseverar es administrativa y si no se le permite a la víctima reclamar de ella, se caería en una interpretación literal del artículo 109 letra f) del Código Procesal Penal, que no resguarda los derechos de los intervinientes y, por lo demás, no causa perjuicio al imputado, porque la revisión del Ministerio Público de sus decisiones, ayuda a un racional y justo procedimiento. Por último, frente a las costas, estima que el quejoso debe ser condenado a pagarlas, porque ha obrado sin justo motivo, alegando una interpretación de la norma que se dice infringida que no tiene sustento ni siquiera en su letra, menos en su espíritu.

**SEPTIMO:** Que el juez de Garantía Frederick Roco Alvarado ha sostenido en su informe de fojas 42 y siguientes, que al tomar la decisión no ha habido infracción a norma legal alguna ni se ha excedido en sus atribuciones porque en primer lugar no existe norma que establezca la exigencia de formalización para ejercer la facultad consagrada en el inciso cuarto del mencionado artículo 258; asimismo, tampoco existe una ley que establezca un plazo o precise exactamente la oportunidad para que el querellante solicite al juez hacer uso de dicha facultad y como tercer argumento, enfatiza que no le parece que las resoluciones del juez de garantía, que permitan a los intervinientes de un juicio penal llegar a la instancia de un juicio oral, público y contradictorio, constituyan la vulneración al derecho a un justo y racional procedimiento, pues precisamente la garantía básica del imputado en este proceso es este juicio oral y público.

**OCTAVO:** Que la Juez de Garantía Marcela Sandoval Durán en su informe de fojas 30 y siguientes, reconoce una omisión involuntaria al no determinarse la fecha de la celebración de la audiencia de preparación de juicio oral, lo que se procedió a completar inmediatamente, dictándose la resolución

correspondiente, por lo demás no se corrigió esa omisión mediante recursos de agregación o reposición, que no fueron, interpuestos por el quejoso, sino que por una resolución oficiosa de la Juez.

**NOVENO:** Que por último, el Fiscal Regional del Ministerio Público en una presentación de fojas 51 y siguientes, sostiene que la consulta al Fiscal Regional sólo está contemplada, a su entender, para el caso de la solicitud de sobreseimiento definitivo por parte del Fiscal Adjunto, según el texto del artículo 258 citado. Por lo demás indica que la necesidad de formalización previa, como requisito sine qua non de la acusación es de la esencia de esta institución, puesto que de otra forma se desnaturaliza el proceso penal, según puede concluirse del artículo 248 letra b) del Código Procesal Penal, cuanto postula que el Fiscal podrá formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma. Asimismo, estima que no cabe la analogía, porque en materia penal y sobretodo de garantías para el imputado como lo es la formalización de la investigación, no resulta posible aplicarla, más aún si las reglas del forzamiento de la acusación, por ser excepcionales, no admiten interpretación extensiva.

**DECIMO:** Que en suma, lo cuestionado es la consulta al Ministerio Público sobre la decisión de no perseverar en el procedimiento, el hecho de admitir la acusación a pesar de la decisión del fiscal adjunto, y la omisión de haberse decretado oportunamente la audiencia preparatoria del juicio oral.

**UNDECIMO:** Que por lo pronto, habiendo la Juez de Garantía Marcela Sandoval Durán adoptado las decisiones que el quejoso reclamaba, han desaparecido las faltas o abusos denunciadas respecto de ella, porque según se expresó en el informe constituyó sólo un error de hecho que no causó perjuicio alguno y que fue oportunamente corregido.

**DUODECIMO:** Que respecto de las actuaciones de los demás jueces de garantía, debe tenerse presente que la reforma procesal penal, significó implantar un nuevo sistema en Chile sobre la persecución penal pública, que surge de una modificación constitucional creando un órgano autónomo y jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público que diri-

ge 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, además de otras funciones, debiendo ejercer en su caso la acción penal pública, por lo tanto, toda persecución de esta naturaleza le corresponde al citado organismo, siendo excepcional entregarle a los particulares dicha función. En este sentido, se ha dictado el artículo 259 del Código Procesal Penal sobre el contenido de la acusación, que debe estar vinculada coherentemente con la formalización, que constituye la fuente del principio de congruencia o convergencia, pilar básico y garantía fundamental para el imputado. Como si fuese poco, el legislador enfatizó en el inciso final de esta disposición, acerca de que la acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidas en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica, norma que no puede ser desobedecida por interpretación alguna frente al mandato legal y expreso. Además, la oficialidad del Estado en las investigaciones criminales se refleja en la regulación de los terceros o querellantes en estos procesos, desde el momento en que se admite su calidad de tal, sólo una vez que el juez de garantía establece los requisitos básicos de admisibilidad. Así, posteriormente, si continúa como coadyuvante según los artículos 248 letra b) y 258 del Código Procesal Penal, en el evento de que el Fiscal solicitare sobreseimiento y el Fiscal Regional lo ratificare, puede decidir el forzamiento de la acusación o dictar sobreseimiento, por lo tanto, el juez deberá estudiar los antecedentes que permitan proporcionarle un fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado, ya que si así no fuere, necesariamente dictará sobreseimiento definitivo. Por último, lo que constituye un presupuesto fundamental en el procedimiento, es la garantía de defensa del imputado, en cuanto debe conocer una imputación clara, respecto de la cual está siendo investigado para tener la posibilidad de pedir o producir diligencias tendientes a demostrar su inocencia, lo que se produce sólo con la formalización de la investigación que, en suma, no es más que un acto de imputación oficial para ejercer el derecho a la audiencia y concretar los gérmenes de la adversariedad o contradictoriedad como principio procesal, de manera que en el evento de que se llegue al juicio oral, no debe existir una investigación cerrada en donde al imputado se le ha impedido ejercitar su derecho a defensa.

**DECIMO TERCERO:** Que frente a la imposibilidad de generar el forzamiento de la acusación a propósito de la decisión del Fiscal Adjunto de no perseverar en el procedimiento no formalizado, aparece contradictoria la consulta al Fiscal Regional como trámite no contemplado en la ley que, por lo demás, constituyendo una decisión discrecional de un funcionario perteneciente a un órgano autónomo y jerarquizado, por lo tanto, ninguna resolución o pronunciamiento del Juez de Garantía puede legítimamente modificarla o revocarla, sin perjuicio, claro está, de los derechos de los particulares que pudieren ejercitar ante los superiores jerárquicos del ente público, pero ello ya no es una impugnación, sino la expresión de la garantía constitucional reconocida como derecho de petición.

**DECIMO CUARTO:** Que por lo expuesto, los jueces sólo interpretaron normas de procedimiento y sin lugar a duda, no incurrieron en falta o abuso, porque en estricto derecho el inciso penúltimo del artículo 258 del Código Procesal Penal es ambiguo respecto de la facultad establecida en esa disposición, cuya interpretación exige tener presente todo el ordenamiento jurídico y, en especial, los principios generales del nuevo procedimiento penal, razón por la cual deberá rechazarse la queja interpuesta, sin perjuicio de la obligación de los jueces de garantía, establecida en el artículo 163 del Código citado.

En mérito de lo expuesto y resolviendo la queja disciplinaria planteada a fojas 9 y siguientes, se acuerda rechazarla, sin costas.

Regístrese, notifíquese y archívese.

Rol 56-2004.

Redacción del Ministro Titular, Sr. Oscar Clavería Guzmán.

No firman las Ministros Titulares, Srta. Marta Carrasco Arellano y Sra. Gabriela Soto, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo, por encontrarse la primera en comisión de servicio y, la segunda, con permiso.

Pronunciada por el TRIBUNAL PLENO, integrado por la Presidenta Subrogante, Srta. Marta Carrasco Arellano y los Ministros Titulares, Sr. Oscar Clavería Guzmán, Sra. Patricia Almazán Serrano y Sra. Gabriela Soto Chandía.-

Autoriza el Secretario Subrogante, don Sergio Montt Martínez.

En Antofagasta, a veinticinco de noviembre del año dos mil cuatro, notifiqué por el Estado Diario la sentencia que antecede.



## CORTE SUPREMA

- **Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa fundado en las causales de los artículos 373 letras a) y b) y 374 letras e) y f) del Código Procesal Penal.**

**Tribunal:** Corte Suprema.

**Resumen:**

*La defensa interpuso un recurso de nulidad por las causales de los artículos 373 letras a) y b) y 374 letras e) y f). Básicamente alegó conculcado el derecho a defensa por haber cerrado la Fiscalía la investigación en el plazo de un mes, en circunstancias que se había otorgado el plazo de un año, viéndose así disminuidas las posibilidades de la Defensa para realizar aquellas diligencias investigativas necesarias para sustentar su teoría del caso. Asimismo sostuvo que el derecho a guardar silencio fue vulnerado al declarar testigos que lo escucharon hablar luego de ocurridos los hechos. En cuanto a la impugnación del fallo mismo, destacó que se dio por acreditada la alevosía sin que se probaran los elementos subjetivos de la calificante. La Corte Suprema rechazó el recurso. Al efecto declaró que el derecho a cerrar la investigación es una atribución privativa del Fiscal, no teniendo para ello más límite que el plazo máximo fijado por la ley. En seguida aclaró que el derecho a guardar silencio no se conculca cuando testigos declaran sobre lo manifestado por el imputado. En cuanto al segundo grupo de causales invocadas por la Defensa, señaló que el artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal no exige plasmar en la sentencia una transcripción íntegra de los medios de prueba, siendo suficiente la descripción fáctica de todos y cada uno de los hechos que tiene por acreditados, así como la forma en que arribaron a sus conclusiones. En cuanto a la convicción favorable o desfavorable a que lleguen los jueces del fondo, no queda dentro de las prerrogativas del tribunal que conoce del recurso de nulidad, por cuanto sólo le cabe examinar la forma cómo han llegado a ese convencimiento, sin que pueda entrar a la esfera de la convicción ni a valorar medios de prueba. Finalmente, respecto de la alevosía que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dio por probada, señaló que éste sólo aplicó jurisprudencia reiterada que entiende que hay alevosía cuando se emplean medios o modos en la ejecución de un hecho que tienden directa y especialmente a asegurar al ofensor, sin riesgos que procedan de la defensa que pudiera oponer el ofendido. No era necesario que el fallo se pronunciara acerca del ánimo alevoso del delincuente, ya que en la doctrina no hay acuerdo sobre si esta agravante es de carácter objetivo o subjetivo.*

**Texto completo:**

Santiago, a diez de agosto de dos mil cuatro.

**VISTOS:**

En los antecedentes rol único 0400002206-9 e interno del tribunal 10-2004 se registra la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso el trece de mayo de dos mil cuatro, que impuso al imputado Gabriel Alberto Páez Hernández la pena de presidio perpetuo con sus correspondientes accesorias, por su responsabilidad de autor del delito de parricidio en la persona

de su cónyuge Jennifer Marcela Araya Biott, cometido el dos de enero de dos mil cuatro en Quilpué y a quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo más sus accesorias, como autor de homicidio calificado en la persona de Leonor del Tránsito Biott Vidal, perpetrado en el mismo día y lugar del anterior; siendo condenado al pago de las costas de la causa, sin otorgársele ninguno de los beneficios de la ley 18.216, decretándose el comiso del arma individualizada a fs. 24.

En contra de esta sentencia los señores César Vergara Hernández, Samuel Vergara Hernández, Lizandro Godoy Arana y José Roberto Herrera Toro, en representación de dicho sentenciado y en sus calidades de abogados defensores penales privados interpusieron un recurso de nulidad fundamentándolo en las causales de las letras a) y b) del artículo 373 del Código Procesal Penal pues afirman que se vulneró sustancialmente el derecho a la defensa y a guardar silencio que le asiste al encausado, reconocido en los tratados internacionales ratificados por Chile y en actual vigencia. Enseguida, sustentan este arbitrio en el motivo absoluto de nulidad consagrado en el artículo 374, letra e), en relación con el 342, letra c); y 374, letra f), en relación con el 341, todos del mismo cuerpo sustantivo, consistente en la garantía general del procedimiento relativo a que la sentencia debe contener una exposición lógica, clara y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, y en reposar la sentencia en hechos o elementos no comprendidos en la acusación del Ministerio Público.

Piden, acogido cualquiera de los motivos de nulidad invocados, la invalidación del juicio oral y su fallo consiguiente.

Concedido el expresado recurso, luego que la Sala Penal lo estimara admisible, se ordenó la vista para el veintiuno de julio recién pasado y verificada ésta, se dispuso la lectura del recurso para el diez de agosto en curso, según el acta que se agregó a fojas 170.

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que por lo pronto la causal de nulidad que esgrimen los recurrentes es la señalada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, atribuyéndole a la sentencia impugnada infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y en actual vigor. Se concreta el defecto en la violación del derecho a la defensa, el cual integra la garantía constitucional del debido proceso y que tiene consagración constitucional directa en el artículo 19, N° 3°, inciso 5°, de la carta fundamental, como también en los tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14, N° 1°, dispone: «... Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independien-

te e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella...» y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 8°, primer numeral, prescribe: «1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...»; y en su segundo numeral preceptúa: «2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;».

Igualmente se transgredió el derecho constitucional a no declarar o guardar silencio, que garantiza el artículo 19, N° 7°, letra f), de la carta magna y también los artículos 5.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos; y 7° y 14.3, letra g), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**SEGUNDO:** Que el recurso denuncia no haberse respetado en el transcurso de la litis el derecho a la defensa, por cuanto expone que se realizó un cierre de investigación imprevisto y precipitado con abuso de ese derecho legal por parte del fiscal, a fin de impedir que la defensa del enjuiciado pudiese llegar a ejercer efectivamente sus derechos, toda vez que se le ha negado la preparación de su defensa en las condiciones mínimamente adecuadas, considerando la gravedad de los cargos y la dificultad de la prueba que la defensa del procesado necesitaba para prepararla, lo que es una garantía del debido proceso contemplada en los pactos internacionales, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa interna, que además exige que la facultad del ministerio público de cerrar la investigación debe efectuarse con un criterio objetivo. Pues bien, la fiscalía determinó el cierre de la investigación poco más de un mes después de su inicio, en circunstancias que se le había otorgado un año para ello, lo cual es una determinación arbitraria y un ejercicio abusivo del derecho que afecta directamente una garantía constitucional, máxime si se tiene en cuenta que la mayor parte o casi la

totalidad del plazo del cual dispuso el hechor para preparar su defensa, transcurrió durante el mes de febrero en que la gran mayoría de los profesionales y académicos del país están de vacaciones o a punto de comenzarlas y no quisieron asumir una tarea compleja como evaluar a una persona inculpada de dos delitos gravísimos, amén de emitir el correspondiente informe pericial y concurrir a estrados a declarar sobre el mismo.

Expresan a continuación que, en contra de lo que sostiene el Ministerio Público, ellos no se negaron a la posibilidad de efectuar al agente una evaluación psiquiátrica, sólo se opusieron a que la pericia se practicara sin la presencia de uno de los profesionales de la defensa o que se le garantizara el derecho a guardar silencio, a lo cual la Fiscalía quedó de contestar el nueve de febrero de dos mil cuatro, pero en cambio, cerró la investigación, hecho que reconoció en la audiencia de preparación, pero negó en el juicio oral pretextando que sólo había sido una posibilidad, lo que atenta contra el principio de objetividad que los obliga a investigar hasta la más mínima probabilidad que pudiere conducir a eximentes o atenuantes de responsabilidad criminal.

El ofrecimiento de la prueba pericial del Servicio Médico Legal se hizo por la defensa de manera informal al Fiscal, atendido a que este servicio auxiliar del Ministerio Público podía dar garantías de objetividad e imparcialidad, no obstante lo cual durante la declaración del Dr. Jaime Valenzuela Belenguer reconoció que para emitir un informe del convicto tenían que preguntarle detalles sobre el hecho y sus circunstancias. La determinación fiscal de cerrar apresuradamente la investigación sólo tuvo por finalidad restringir la prueba de las proposiciones fácticas de la defensa en su Teoría del Caso.

**TERCERO:** Que en torno a la que denominan prueba pericial prohibida, durante la audiencia del juicio oral se allegó como elemento de convicción el informe pericial psiquiátrico de los doctores Beatriz Banfi del Río y Jaime Valenzuela Belenguer, el que no cumple con la letra c) del artículo 315 del Código Procesal Penal, ya que en la audiencia de preparación del juicio oral la defensa se opuso a que se aceptara el informe médico pericial remitido al Ministerio Público por dichos siquiátras del Servicio Médico Legal, pues nunca emitieron la correspondiente pericia en la forma dispuesta en la ley. Además, pese a haberse pedido por la defensa y

luego desistido de ella el quince de enero último, ésta fue realizada a instancia de la fiscalía, con autorización pedida por ella de conformidad al artículo 197 del Código Procesal Penal, el veintidós de enero, como si fuera un examen corporal y dicho organismo sólo puede solicitarlo de acuerdo con lo estatuido en el artículo 458 del mismo ordenamiento.

Añaden que el informe psiquiátrico de los peritos del Servicio Médico Legal adolece de falta de uno de los tres requisitos del artículo 315 del estatuto procesal que deben concurrir en forma copulativa, dado que no contiene las conclusiones que la letra c) de la citada disposición exige y que constituye un elemento de fondo sin que sea suficiente que el informe contenga un título llamado «conclusiones» y en el caso en estudio, sin las decisiones diagnósticas del trabajo científico que realizan los peritos, sino que, por el contrario, reconocen que no les fue posible arribar a dictamen alguno y no pueden afirmar ni descartar la imputabilidad del convicto. Lo anterior fue objeto de una incidencia de nulidad en sede de audiencia del juicio oral promovida por la defensa, la que fue denegada por el tribunal oral.

Aseguran en definitiva que el tribunal del juicio oral decidió no ponderar la prueba, pese a que ya había sido incorporada por la fiscalía produciendo el efecto deseado en la formación del criterio de los juzgadores y ellos clarifican que sólo pudo admitirse dicho medio probatorio como peritaje de refutación, pero no fue introducida como tal, puesto que la defensa no tuvo acceso a la respectiva información. Agrega que el Ministerio Público forzó en todo momento una declaración de los peritos acerca del mérito de los peritajes de la defensa, pero en ningún momento se mencionó la irregularidad acerca de como los peritos prepararon su declaración en conjunto con el Ministerio Público, lo que fue reconocido por el Dr. Jaime Valenzuela, quien además admitió haber recibido los antecedentes de la investigación de parte de la fiscalía.

**CUARTO:** Que en el capítulo intitulado reproducción de audio de prueba anticipada, aducen que en la audiencia del juicio oral se incluyó como prueba un disco compacto que contenía una audiencia de prueba anticipada correspondiente al atestado de René Martínez Calvo, encontrándose viciada de nulidad por tratarse de una prueba expresamente prohibida con arreglo a lo prevenido en el artículo 334 del Código Procesal Penal. Fundan este ar-

gumento en el hecho, asentado en el motivo vigésimo séptimo del fallo cuestionado, que el tribunal oral aprobó escuchar en la audiencia una reproducción del testimonio anterior e hizo presente que no podía considerarse como prueba anticipada, al no cumplir con los presupuestos de los artículos 191, 280 y 331, N° 1°, del Código de enjuiciamiento penal.

De la lectura de las normas citadas aparece claro que dicha prueba debe introducirse mediante la lectura del registro en que consta la declaración, lo que no ocurrió en la especie, a lo que el Ministerio Público solicitó se agregara como medio de prueba el CD que la contenía, de acuerdo con lo que estatuye el artículo 323, inciso 2°, de dicho cuerpo normativo, lo que fue consentido por el tribunal, sin que de ello resultara la aceptación de la prueba como anticipada en los términos del artículo 331, N° 1°, del mencionado Código, sino que, acorde con lo prevenido en el artículo 295, que señala que cualquier hecho puede probarse por cualquier medio cuando sea producido e incorporado en conformidad a la ley. Pero el tribunal, en forma definitiva, entendiendo que dicho medio no fue incluido en la forma autorizada en la ley, le restó todo valor probatorio.

Igualmente, se violentaron las normas del debido proceso, por cuanto el Ministerio Público obtuvo la reproducción de la declaración como prueba anticipada de uno de sus testigos y la incorporó mediante un CD, siendo autorizado por el tribunal y reproducido en la audiencia, quebrantándose el principio de defensa del procesado, sin tener la oportunidad de contrainterrogar al testigo en el pleito y además los sentenciadores oyeron dicha declaración y si bien aseguran que ninguna ingerencia tuvo en la creación de la convicción condenatoria, no puede negarse que fue escuchada y sentida por ellos, máxime teniendo en cuenta que el Juez Presidente señaló en varias oportunidades que el tribunal valora todo lo que oye.

**QUINTO:** Que respecto de la incorporación de registros de diligencias de la investigación, la violación consistió que en la audiencia del juicio oral se introdujeron como medios de prueba diversos registros contra expresa prohibición del artículo 334 del Código procedimental, desde el momento que el órgano persecuidor hizo declarar a los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile como peritos, siendo presentados e interrogados en la forma que la ley precisa, pero además dicho ente acompañó sus informes escritos conforme al artículo

323 del estatuto adjetivo citado, a lo cual se incidentó y el tribunal en definitiva tuvo por incluidos dichos documentos, sin perjuicio del valor probatorio que le asignó en definitiva, contraviniendo así el derecho a la defensa y debido proceso porque se incorporaron como medios de prueba registros y documentos que dieron cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la Policía de Investigaciones, en circunstancias que el artículo 334, inciso primero, de la citada compilación lo prohíbe expresamente.

Dicha infracción se produce por la mera inclusión y ninguna importancia tiene que en definitiva no se les haya asignado mérito por parte del tribunal, dado que se introdujo prueba en el juicio quebrantando los principios de oralidad e intermediación. Los documentos afectados fueron el registro de diligencia fotográfica del sitio del suceso, el registro de diligencia balística del arma y vainillas encontradas, el registro de peritaje químico y el registro de levantamiento planimétrico del sitio del suceso, los que se aparejaron mediante la entrega del informe en el tribunal, atentando a la garantía de un proceso racional y justo.

**SEXTO:** Que además reclaman el ataque al derecho a guardar silencio que asiste a su defendido, quien ha hecho un uso efectivo de la garantía, pero en la litis se han incluido supuestas declaraciones del imputado vertidas durante el periodo de investigación ante funcionarios policiales o testigos de la fiscalía que tuvieron contacto con él en aquella etapa, entre los cuales se encuentran los dichos del teniente de Carabineros Patricio Rodríguez Leiva, del profesor guía del acusado, Leonel Ceballos Molina y de Rubén Henríquez Toledo, director de la carrera que cursaba el agente y el atestado de los peritos del Servicio Médico Legal, los doctores Beatriz Banfi del Río y Jaime Valenzuela Belenguer.

Basan esta defensa en que en el motivo vigésimo tercero de la sentencia recurrida se afirmó que una vez en la comisaría el hechor lloraba frente a sus parientes y pidió disculpas, de lo cual se dedujo que tuvo conciencia de la falta cometida, y los jueces se valieron de esta declaración para fortalecer su convicción condenatoria, en franca contraposición a la garantía que por ningún medio se puede obtener de manera indirecta una declaración acerca de los hechos que perjudique su posición en el litigio y el artículo 91 del Código procedimental

establece los requisitos para que el imputado pueda prestar su declaración ante la policía, e incorporar al pleito información sin que se haya recibido con los resguardos necesarios la convierte en prueba ilícita, ya que ha sido obtenida con violación de las garantías esenciales, por lo que no puede ser introducida al juicio ni es susceptible de ser valorada por el tribunal, tal como lo sostiene la doctrina.

**SÉPTIMO:** Que en cuanto al primer orden de alegaciones de la defensa, cabe advertir dos situaciones que se presentan como una sola: a) denuncian un abuso de la fiscalía de su derecho legal a cerrar la investigación, por haberla terminado antes del tiempo fijado por el tribunal de garantía, y b) debido a ello, no se pudo efectuar una prueba pericial en el Servicio Médico Legal en que los recurrentes participaran y donde se respetara el derecho del procesado a guardar silencio.

**OCTAVO:** Que parece inconcuso considerar el derecho de la defensa para disponer de tiempo y contar con los medios adecuados para prepararse al juicio, sin perjuicio que el derecho de cerrar la investigación es una atribución privativa de la fiscalía, con la sola limitación del artículo 248 del Código procesal en el sentido que el plazo no exceda de dos años, pero en caso alguno la ley impide a los fiscales acortar el periodo fijado por el tribunal de garantía para la investigación y tampoco se aprecia ningún antecedente relativo a imposibilitar u obstaculizar el derecho a la defensa, más aún si se repara que de todas maneras pudo contactar a dos psiquiatras, los señores José Enrique Marianetti Capredoni y Pablo Carvajal Bañados, quienes deponen de fs. 36 a 40, y al psicólogo Jorge Rojas Gutiérrez, quien lo hace a partir de fs. 33, de suerte que no se advierte perturbación al derecho de la defensa consistente en no otorgársele el tiempo y los medios adecuados para la preparación del juicio.

A mayor abundamiento tampoco consta una preparación del recurso en la sede correspondiente, como lo es la audiencia de cierre de la investigación y que exige el artículo 377, inciso 1°, del Código Procesal Penal, por lo que no puede prosperar esta pretensión.

**NOVENO:** Que por lo que toca a las protestas de no haberse efectuado una prueba pericial en el Servicio Médico Legal con la presencia de la defensa, es menester reseñar que dicha prueba se ejecutó como se indica en la reflexión siguiente,

pero finalmente se desechó, por las razones allí expresadas. Tampoco puede reclamarse perturbación al derecho a la defensa por la sola negativa a presenciar la prueba cuando es un hecho público que en una evaluación psiquiátrica es esencial el respeto a los profesionales en orden a cumplir con las normas que ellos impongan para el correspondiente examen, que normalmente se efectúa en condiciones de privacidad médico-paciente, situación que además está amparada por el secreto médico, y entonces no parece razonable la pretensión de la defensa de presenciar todos y cada uno de los actos de su defendido. Por lo demás, cualquier interrogatorio al médico examinador sólo le permitirá referirse a los hechos propios de su ciencia o arte, pero en caso alguno podrá servir como testigo de cargo en la correspondiente acusación, por lo que no es atendible la anomalía que se reprocha de practicarse el correspondiente examen sin la presencia de la defensa o algún atropello al derecho a guardar silencio.

**DÉCIMO:** Que en el tema consistente en la inclusión como medio de prueba de los informes periciales psiquiátricos de los doctores Beatriz Banfi del Río y Jaime Valenzuela Belenguer, sin ajustarse al artículo 315, letra c), del Código Procesal Penal, es importante recordar el motivo vigésimo quinto del fallo atacado que dice: «(...que a dichas pruebas periciales) se les resta todo valor probatorio, por afectar el derecho a la defensa técnica que tiene todo acusado». De lo anterior, fluye que el punto en cuestión ya fue suficientemente resuelto por el tribunal llamado a pronunciarse al respecto, no siendo atendible la alegación de la defensa de que dicha prueba violenta la garantía de la defensa, si fue expresamente descartada en la instancia por esa misma razón.

En lo que guarda relación con la incorporación, como prueba anticipada, de un disco compacto que contenía una audiencia de prueba anticipada, valga el mismo razonamiento anterior pues tampoco el tribunal oral aprobó dicho medio de convencimiento, lo cual claramente se lee en el último párrafo del basamento vigésimo séptimo del fallo en comento.

**UNDÉCIMO:** Que la introducción de diversos registros de diligencias de la investigación, en contradicción con el artículo 334 del Código de enjuiciamiento criminal, permite traer a colación lo razonado en el considerando vigésimo sexto del fa-

llo, donde se señala que esta prueba no fue valorada por los sentenciadores del grado, por lo que no corresponde el acogimiento de la causal por los hechos invocados desde el momento que dicha prueba fue correctamente denegada.

**DUODÉCIMO:** Que en lo atinente al derecho a guardar silencio que la defensa estima conculcado, procede destacar que en los casos que se reclama desconocido dicho derecho, no existió la debida preparación de la nulidad en que se asila, toda vez que cuando se presentaron los testigos Patricio Rodríguez Leiva, Leonel Ceballos Molina y Rubén Henríquez Toledo la defensa no realizó la correspondiente impugnación, por lo que no es dable acoger el recurso a este respecto, so pena de violentar el artículo 377 de la referida compilación procesal.

Sin perjuicio de ello y especialmente analizando el caso de la declaración del teniente Rodríguez Leiva, importa tener en cuenta que si bien la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a no declarar contra si mismas, en otras palabras, no existe ninguna obligación para el imputado de colaborar en la tarea de esclarecer los hechos, recayendo todo el peso o carga de la prueba en el organismo persecutor, dicha normativa ha sido establecida en favor de la dignidad e integridad psíquica y física de las personas, de quienes no puede obtenerse coactivamente una indagatoria, pero en nada obsta que ella la preste libremente y que sea oída por un funcionario, ya que en este evento el testigo declarará en el litigio sobre aquello de que ha tomado conocimiento libremente por encontrarse presente en el lugar donde se efectuó, sin ejercer coacción alguna sobre el declarante, y no se divisa razón para restar mérito probatorio a lo así conocido.

**DÉCIMO TERCERO:** Que invocan como nuevo motivo absoluto de nulidad aquel contenido en el artículo 374, letra e), en relación con el 342, letra c), del Código Procesal Penal, porque la sentencia recurrida no cumple con lo ordenado en dicha disposición, atendido que la valoración de la prueba no sólo requiere de la mera indicación de los medios aportados al juicio, es decir, de la prueba producida por los intervinientes, sino que además aquélla debe hacerse cargo fundadamente de toda la prueba, incluso la que se hubiere desestimado, lo que envuelve describir el contenido de cada uno de los medios de prueba aportados o producidos en el pleito, para luego determinar el signi-

ficado de los mismos hechos y finalmente proceder a valorarlos.

Sostienen que lo anterior no se cumple en la sentencia objetada porque omite la exposición clara, lógica y completa de los medios de prueba y cuando se refiere a varios peritos, que son los de mayor trascendencia para la defensa por su carácter científico, los saca de contexto, aísla frases y oraciones determinadas, con el designio de apuntar a una decisión condenatoria que de este modo parece ser corolario lógico de un razonamiento correcto, lo que ejemplifican en la prueba pericial del psiquiatra Pablo Carvajal Bañados, que se lee en el motivo vigésimo, de la cual cita dos párrafos, en circunstancias que el juez disidente refiere completa la declaración judicial y la única explicación razonable para una situación como la descrita, sólo permite concluir que los jueces que concurren a la condena no apreciaron todos los aspectos claramente visibles del contenido y conclusiones de las pericias, ya que en todo momento se puede observar que para hacerse cargo del medio de prueba, lo citan o reproducen parcialmente, dándole un sentido que se acomoda a su decisión pero que no coincide con el contexto real de la prueba; o sea, recogen secciones de los informes que al ser observadas en forma aislada, dan la impresión de que con ello se ha querido decir otra cosa que la verdad.

Reiteran tal discurso respecto de la conclusión a que arriba el doctor Carvajal, donde sostiene que las funciones superiores del cerebro del agente quedaron absolutamente marginadas, cuestión acerca de la cual no se pronunciaron los sentenciadores, lo que es motivo de la nulidad que se plantea, manteniendo ese predicamento respecto del contrainterrogatorio efectuado por la fiscalía al mismo médico, en el cual, pese a explicar su diagnóstico, fue siempre contrariado por la fiscalía con el propósito de obtener frases sacadas de contexto.

Lo expuesto se plasma en el motivo vigésimo segundo, donde se expresa que las pericias no son concluyentes respecto a dilucidar si el encartado actuó o no privado de razón, a tal punto que no tuvo la voluntariedad exigida para la comisión culpable de todo ilícito, constituyendo un grave error, dado que la única razón por la cual no se ha arribado a una decisión correcta radica en el incumplimiento de la exigencia de hacerse cargo realmente de toda la prueba, teniendo en cuenta que los peritos son concluyentes a ese respecto.

Aseveran que los sentenciadores han vulnerado el marco regulatorio de su actividad, atendiendo en contra de los principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados y también el fallo en estudio carece de concatenamiento lógico entre las diversas etapas y fases del raciocinio, el cual debe abarcar no sólo el análisis exhaustivo de todas las pruebas producidas durante el litigio, sino que además debe ser depurado de aquellas pruebas ilícitas, prohibidas o simplemente improcedentes o irregulares, las cuales no pueden ser introducidas en el pleito, toda vez que afectan la convicción de los magistrados, siendo reconocido por esta Corte en fallos anteriores y sustentado por la doctrina, máxime si en la resolución en estudio no se ha asignado el valor que les corresponde a los informes periciales, donde se ha determinado que el hechor se encontraba sujeto a diversas perturbaciones mentales, demostrando así la ausencia de juicio producido por un raptus en su conciencia. En la actualidad es indiscutido que no sólo las patologías mentales permanentes de naturaleza endógena pueden determinar la imputabilidad de un sujeto, sino que también conllevan igual colofón otras enfermedades, teniendo similar efecto real y debe dárseles el mismo alcance, esto es, el avance la psiquiatría permite dictaminar que ahora la gama de enfermedades de índole mental aptas para producir la inimputabilidad ha sido ampliada considerablemente.

Aduce como la mayor y más grave contravención por parte del tribunal a su obligación de hacerse cargo de toda la prueba el hecho que los jueces que emiten la condena lo hacen sobre la base de desmerecer el valor probatorio de los tres informes periciales de su defensa, dos de carácter psiquiátrico y uno de índole psicológica que aparecen en armonía con la prueba testifical e incluso con la prueba de los acusadores fiscales y la acusación particular, y apoyan su razonamiento en la premisa que los peritos han clasificado los rasgos de la personalidad de su defendido dentro de la neurosis, de tal forma que no afecta su juicio de realidad, lo que fue bastante para convencerlos que el convicto actuó, más allá de toda duda razonable, con conciencia y voluntad.

Refieren que la sentencia condenatoria abunda en contradicciones pues ha escindido el mérito de los informes periciales, tomando pasajes aislados, los que ha sacado de contexto y con una in-

terpretación sesgada llega a la conclusión de una plena imputabilidad, lo cual corrobora con el testimonio del siquiatra de Carabineros, que atendió antes al encausado, otorgándole una licencia por diez días, por padecer de un trastorno angustioso severo, pero su impresión es que la situación no fue tan rigurosa, sino que más bien estaba estresado, lo que resulta contradictorio con la ficha médica correspondiente presentada por la propia fiscalía, emitida por el mismo declarante el veintidós de diciembre de dos mil tres, en que se le diagnosticó un trastorno, con medicamento Sanerva y reposo por diez días. Entonces sugieren que el tribunal obró con desapego al artículo 297 del Código Procesal Penal, desde el momento que minimizó el motivo de la consulta del enjuiciado, a pesar de las contradicciones entre lo que el profesional dice recordar y lo anotado en la referida ficha. De esta forma el tribunal sólo tomó de la declaración del testigo lo que quiso, sin reparar en su escasa credibilidad y las contradicciones que median entre su atestado y lo señalado en la ficha.

En abono de su tesis citan el voto de minoría respecto del atestado del perito Dr. Pablo Carvajal, que les deja la sensación que los jueces hubieran asistido a juicios diferentes, puesto que los fundamentos de la disidencia explican la naturaleza de la patología del sujeto y sustenta sus afirmaciones copiando textualmente las declaraciones de los peritos, lo que, en su concepto, difiere sustancialmente de lo reseñado por los jueces que dictaminaron la condena, alejándose del deber legal de razonamiento conforme a un marco determinado en la ley, que no han cumplido y que les permite ponderar la prueba con libertad, pero sin apartarse de los principios del artículo 297 de la aludida recopilación legal. Y reafirman, luego de transcribir los dichos de los peritos, que la sentencia recurrida ha obviado la declaración íntegra efectuada por aquéllos en la litis, por lo que la prueba que pretende valorar dicha resolución no es tal, pues no ha pasado por el tamiz contradictorio, sin justificación ni ante la sociedad ni ante el condenado y no puede reproducirse la reflexión utilizada para obtener las conclusiones a las que arriba, que no son otras que el sentenciado tenía la intención de matar a las víctimas.

**DÉCIMO CUARTO:** Que otro motivo de nulidad descansa en la transgresión del artículo 374, letra f), en relación con el 341, ambos del ordenamiento procesal penal, porque la sentencia impug-

nada se sustenta, en parte, en hechos o circunstancias no contenidos en la acusación del Ministerio Público, al acoger la concurrencia de una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal que en uno de los delitos obra como agravante y en el otro como calificante, no obstante que los hechos fundantes o presupuestos fácticos no fueron descritos en la acusación, por cuanto el fallo recogió la agravante del artículo 12, N° 1°, del Código punitivo, referente a la alevosía, tal como se lee en el basamento décimo tercero del fallo, en tanto que, a pesar de haberse señalado en la acusación la concurrencia de dicha agravante, en la descripción de los hechos que hace la resolución no se contiene referencia a los supuestos fácticos en que se funda, por lo que al determinar el tribunal elementos fácticos no invocados, incurre en el causal de nulidad prevista en el artículo 341, que determina los límites de la sentencia, circunscribiéndolos al contenido de la acusación y, en consecuencia, no es posible condenar por hechos o circunstancias no comprendidos en ella.

De allí se desprende que al efectuarse la acusación el respectivo órgano no sólo debió consignar la concurrencia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, como es una agravante, sino que, por estar éstas apoyadas o basadas en elementos fácticos susceptibles de acreditar, debió indicar también con claridad estos fundamentos en dicha oportunidad, fijando de esa forma el marco de la discusión y garantizando con ello el derecho del imputado a defenderse. En el evento de no mencionarse en la acusación en que medios de convicción se apoya la agravante, el sentenciador queda absolutamente impedido de resolver sobre la presencia de dicha circunstancia, por más que en el juicio oral se rinda prueba al efecto, porque semejante pronunciamiento atenta contra el principio de congruencia, y en este caso el fallo ha causado un perjuicio consistente en la agravación de la pena por la existencia de una circunstancia modificatoria, la cual ha incidido derechamente en la condena que se impone al inculgado, la que debe ser necesariamente inferior a la aplicada merced a esta causal. Al omitirse la forma que tomó la alevosía (si fue un engaño, a traición, sobre seguro o de cualquier otra manera que la contenga), se ha dejado a la defensa en la imposibilidad de controvertir, por lo que procede la anulación del juicio y de la sentencia.

**DÉCIMO QUINTO:** Que asimismo deduce como causal de nulidad la del artículo 373, letra b), del Código adjetivo criminal, en subsidio de lo anterior, y sólo referente a la sentencia condenatoria, pretextando una errónea aplicación de la ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, al acoger la circunstancia agravante de la alevosía.

Transcribe el décimo razonamiento de la resolución, donde el tribunal explica su conclusión y niega la alegación de la defensa de faltar los elementos jurídicos y subjetivos en la alevosía porque ella requiere sólo de una situación de privilegio respecto de las víctimas en la cual éstas no pueden defenderse de los actos criminosos. Dice que tal argumentación carece de asidero tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que han sido contestes en requerir, para la precedencia de dicha causal, que las circunstancias favorables hayan sido buscadas o procuradas por el delincuente, lo que revela un ánimo alevoso que no acontece cuando una persona comete un delito sin que el aseguramiento haya influido para nada su decisión, siendo este elemento subjetivo un componente esencial que debe haber sido buscado o provocado por el agente.

Manifiesta haberse comprobado que el encartado caminó desde el fondo de la iglesia hacia el altar, lugar donde vio a las víctimas, de modo que no tomó la decisión de ubicarse detrás de ellas, sino que simplemente venía por aquella dirección y una vez que las atacó, fue golpeado y reducido por terceros, impidiéndole así que realizara un sexto disparo con una defensa ineficaz de su parte, por lo que claramente puede observarse que no obra el elemento subjetivo, que ni siquiera ha sido alegado por el Ministerio Público, ni materia de prueba alguna en el litigio, tampoco fue fundamentado por el tribunal que recoge dicha circunstancia modificatoria, de suerte que ha incurrido en una errónea aplicación del derecho en perjuicio del enjuiciado, dándose por configurada la calificante en relación con el homicidio y agravante del parricidio, que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo y debe ser reparado mediante su anulación, en la resolución de reemplazo.

**DÉCIMO SEXTO:** Que el artículo 374, letra e), en relación con el 342, letra c), ambos del ordenamiento procesal penal, dispone que la sentencia deberá contener: «c) La exposición clara, lógica y

completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;» lo que se traduce en una exposición cabal y exhaustiva de los hechos y circunstancias que se dieron por acreditados, pero dicho precepto no exige una descripción o detalle minuciosos de los medios de convicción y únicamente encierra una descripción fáctica de todos y cada uno de los hechos, vale decir, la forma como se cometió el ilícito, la hora y el lugar y las demás circunstancias acreditadas en el proceso y una valoración de ellos con libertad, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, aunque no es indispensable una exposición, completa y cabal del medio de prueba, con una transcripción íntegra y textual de los dichos de cada uno de los peritos.

Del recurso surge de relieve que la pretensión última del recurrente estriba en que se estime el mérito probatorio de los peritos que ha acompañado al proceso, haciéndose preciso indicar, en todo caso, que la convicción favorable o desfavorable no queda dentro de las prerrogativas de este tribunal, por cuanto a ella se llega luego de un proceso en el fuero interno de los sentenciadores, quienes han tomado conocimiento directamente en el curso del juicio y al tribunal ad quem sólo le resta controlar como han llegado al convencimiento, sin ingresar en la esfera de la convicción misma ni en la valoración de los medios de prueba.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que en lo que concierne a la falta que se advierte en la acusación, de los presupuestos fácticos de la agravante de la alevosía, conviene destacar que en la motivación segunda del fallo objetado se detalla la acusación y allí se lee: «Que el Ministerio Público señaló en su acusación que el día 02 de enero del año 2004, alrededor de las 19:30 horas, y en circunstancias que se desarrollaba una misa en la Parroquia Nuestra Señora del Rosario, ubicada en calle Portales N° 857 de Quilpué, entró a dicha iglesia el acusado Gabriel Alberto Páez Hernández, a esa fecha cabo 2° de dotación de la Cuarta Comisaría de Carabineros de Valparaíso y sólo momentos después, cuando concluía la comunión, avanzó por el pasillo central hasta la mitad de la iglesia e ingresó en el ala izquierda,

una banca detrás del lugar donde se encontraban Jennifer Marcela Araya Biott, cónyuge del acusado, y la madre de ésta, Leonor del Tránsito Biott Vidal y con su revólver marca Taurus, calibre 38, N° de serie KC-426325, y estando de pie, el acusado apuntó y disparó certeramente tres veces, por la espalda y a quemarropa a Jennifer Marcela Araya Biott, causándole lesiones que le provocaron la muerte en el mismo lugar y del mismo modo, apuntó y disparó certeramente en dos ocasiones a Leonor del Tránsito Biott Vidal, por detrás de ésta, causándole lesiones que le produjeron la muerte también en el mismo lugar...».

Puede así colegirse que en la relación de los hechos materia de la acusación se da el contenido fáctico esencial para determinar los elementos que conforman la alevosía, cual es el actuar sobre seguro, lo que queda de manifiesto con la acción de ingresar a una iglesia, apostarse en una banca inmediatamente detrás de las víctimas, disparar en el momento de máxima contricción para los creyentes, que es justamente después de haber recibido el cuerpo de Cristo, y hacerlo por la espalda, tres y dos veces a cada una de las ofendidas, lo que constituye descripción suficiente de los hechos que forman parte de la acusación, siendo la modalidad de la alevosía una cuestión de derecho susceptible de ser calificada por los correspondientes sentenciadores.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que, en lo que atañe a la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, al aceptarse la agravante de la alevosía sin la presencia del elemento subjetivo, que estiman esencial en la determinación de la procedencia de la causal, ya sea mirada como agravante o calificante, la sentencia impugnada sostiene que: «... (La alevosía) sólo requiere el aseguramiento del hechor de una posición de privilegio respecto de las víctimas, únicamente en orden a que ellas no puedan defenderse de los actos criminosos, pero, en ningún sentido, mirada desde el punto de vista de la impunidad del sujeto activo, como parece darlo a entender la defensa». (considerando décimo, párrafo octavo).

Así puede nítidamente constatarse que los sentenciadores han aplicado correctamente lo que la jurisprudencia reiterada de nuestros tribunales superiores de justicia entiende: «que existe alevosía cuando se emplean medios, modos o formas en la ejecución de un hecho, que tienda directa y es-

pecialmente a asegurarlo sin riesgo para el ofensor, que proceda de la defensa que pudiera presentar el ofendido» (fallo de 30 de enero de 1991, Gaceta Jurídica N° 127, Pág. 70, Rol N° 27861), sin que aparezca como imperioso un señalamiento expreso acerca del ánimo alevoso del delincuente, cuestión sobre la cual la doctrina por lo demás no se ha mostrado pacífica en señalar si esta es de carácter eminentemente objetivo o si, por el contrario, ostenta una índole principalmente subjetiva, siendo dicha discusión bastante sutil y en el presente caso, se encuentra en la resolución recurrida, dado que la situación de aseguramiento o posición de privilegio, en la cual se encuentra el agente es suficiente para estimar la concurrencia de un ánimo expreso de aprovecharse de esa indefensión para llevar a cabo su actuar.

Todavía y a mayor abundamiento, la circunstancia que las víctimas estaban en un lugar de recogimiento espiritual, como es la iglesia, exactamente en el momento más sagrado del acto litúrgico, como es la comunión, en el cual las personas se encuentran en un acto de oración, que hacían las víctimas y atacarlas por la espalda sin darles ninguna oportunidad de defenderse o de repeler la agresión, demuestra un claro aprovechamiento de la situación de indefensión de ellas y que revelan ese ánimo alevoso, siendo este el elemento subje-

tivo que implícitamente denota el fallo recurrido, por lo que no ha existido el error de derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del mismo que se reprocha.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 372, 376 y 384 del Código Procesal Penal, **se rechaza** el recurso de nulidad interpuesto por los abogados César Vergara Hernández, Samuel Vergara Hernández, Lizandro Godoy Araneda y José Roberto Herrera Toro, en representación del sentenciado Gabriel Alberto Páez Hernández, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, el trece de mayo de dos mil cuatro y que corre a fojas 1 de este cuaderno, la que, por consiguiente, no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Rodríguez Espoz.  
Rol N° 2109-04.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Milton Juica A., Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y el abogado integrante Sr. René Abeliuk M. No firma el Ministro Sr. Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

- **Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa por la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.**

**Tribunal: Corte Suprema.**

**Resumen:**

*La Defensa interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria dictada en contra de su representado, argumentando que no se había respetado el derecho a defensa técnica que asiste a todo inculpado, así como por el hecho que el Ministerio Público no cumplió con su deber de objetividad al no investigar los antecedentes aportados por éste. La Corte Suprema declaró que la garantía del derecho a defensa consiste en poder contar con una defensa jurídica, a la vez que se le asegure a ésta su ejercicio en orden a desarrollar su defensa con la debida libertad para hacer valer sus pretensiones y excepciones sin verse afectado por actos de otros que se lo impidan, restrinjan o perturben. En el caso presentado, este derecho no fue vulnerado, y las faltas expuestas por la Defensa más bien dicen relación con la forma de actuar de los defensores durante el procedimiento, haciendo presente que escapa a sus facultades el pronunciarse acerca de la calidad de la defensa prestada. Finalmente, en lo que atañe a la contravención del principio de objetividad que gobierna al Ministerio Público, destacó que dicha máxima no se encuentra dentro de las garantías constitucionales que la Constitución Política de la República consagra, sino que conforma uno de los criterios que orientan la instrucción criminal, siendo una obligación del fiscal enmarcar su actuación dentro de dicho axioma, bajo su propia responsabilidad y con las sanciones que la ley asigna al efecto, entre las que no se contiene la anulación del juicio.*

**Texto completo:**

Santiago, veinte de septiembre de dos mil cuatro.

**VISTOS:**

En los antecedentes rol único 0210001533-4 e interno del tribunal 44-2004 se registra la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Copiapó el dieciséis de julio recién pasado, que impuso al acusado Manuel Jorquera Grenet dos penas de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio cada una y multa de once unidades tributarias mensuales, con sus respectivas accesorias, por su responsabilidad de autor de dos delitos de giro doloso de cheques en perjuicio de la sociedad "All Macigos S.A.", perpetrados el veinte de marzo de dos mil dos en esa ciudad; además del pago de las costas de la causa, otorgándosele el beneficio de la remisión condicional de la pena contemplado en la Ley N° 18.216, pero también se le ordenó satisfacer el capital de los instrumentos mercantiles materia de autos, más los correspondientes intereses, con las costas pertinentes.

En contra de este fallo la abogada Daniela Horvitz Lennon, en representación de dicho senten-

ciado y en su calidad de defensora penal privada interpuso recurso de nulidad, fundamentándolo en la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal pues denuncia ausencia de defensa técnica durante la tramitación del proceso y vulneración al principio de objetividad por parte del Ministerio Público. Pide tener por interpuesto recurso de nulidad en contra del juicio oral y la sentencia, declarar la nulidad del juicio oral y retrotraer el procedimiento a la etapa de instrucción.

Concedido el expresado recurso, luego que la Sala Penal lo estimara admisible, se ordenó la vista para el treinta y uno de agosto recién pasado y verificada ésta, se dispuso la lectura del fallo para la audiencia del veinte de septiembre próximo, según el acta que se agregó a fojas 57.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que la causal de nulidad que esgrime el recurrente es la señalada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, atribuyéndole a la sentencia impugnada infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por la

Constitución y por nuestro ordenamiento jurídico. Se concreta por lo pronto el defecto en la violación del derecho a la defensa técnica, el cual integra la garantía constitucional del debido proceso y que encuentra su consagración directa en el artículo 19, N° 3°, inciso 2°, de la carta fundamental que al efecto preceptúa: "Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida", lo que es concordante con lo prevenido en el artículo 8° del Código Procesal criminal que estatuye: "Ámbito de la defensa. El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra", norma que se ubica en el Título I de dicha compilación, bajo el epígrafe de Principios Básicos.

**SEGUNDO:** Que el recurso reprocha no haberse respetado en el transcurso de la litis el derecho a la defensa, por cuanto expone que el treinta de agosto de dos mil dos, el Juzgado de Garantía resolvió la designación de un defensor público a favor del condenado, dado que se había formalizado investigación en su contra, lo que se concretó el tres de septiembre del mismo año, con don Georgy Schubert, quien jamás conversó con el encausado ni realizó actuación alguna en el litigio.

Posteriormente, se citó a su defendido a la Defensoría Penal para entrevistarse con don Cristián Santander, quien le indicó que se reunirán en el Juzgado de Garantía el dieciséis de septiembre del mismo año, ocasión en la que tendría lugar la audiencia de formalización de la investigación y se vieron las medidas cautelares. Luego su defensa fue asumida por don Leonardo Arancibia Pérez, pese a que nunca se le consultó acerca de los cambios de defensor ni se le dio la oportunidad de escoger entre los abogados disponibles ni se entrevistó con ellos. Además, durante los dieciséis meses que duró la indagación, no se solicitó ninguna diligencia tendiente a esclarecer los hechos o circunstancias que favorecían la posición e intereses del enjuiciado ante la imputación efectuada, como tampoco se invocaron los argumentos de defensa frente a la fiscalía y/o la querellante.

Sostiene asimismo que la clausura de la instrucción se realizó quince meses después de la formalización de la investigación, a la cual se le había fijado un plazo de seis meses, sin que entre-

tanto se efectuara ninguna actuación de defensa por parte de los defensores públicos y el juzgado de garantía decretó cerrado el sumario el doce de enero del presente año, para luego citar a la audiencia de preparación el quince del mismo mes y año, sin que se realizara petición alguna por parte de la defensa, notificándose el dieciséis de enero al defensor de la acusación presentada por el órgano persecutor y recién el veinte solicitó la copia del expediente de garantía. En seguida en la comparecencia de tres de mayo último, ante la solicitud de prisión preventiva del Ministerio Público, el defensor Sr. Arancibia lo deja a criterio del tribunal, la que en definitiva se dispuso sin siquiera alegarse la enfermedad que aquejaba a la madre del imputado, quien es carga del mismo y debe tratarse en Santiago, ni que éste llevaba veinte meses sometido a medidas cautelares, para en los dos días posteriores, oponerse a aquéllas y requerir un receso para una adecuada defensa y exponer los argumentos adecuados, donde el Ministerio Público pide nuevamente medidas cautelares, a las cuales la defensa se allana y sólo el dieciocho de ese mes, le pidió en la audiencia el nombre de los testigos, sin preguntar acerca de documentos o de peritos que avalen sus asertos.

Asevera la recurrente que su defendido recién conoció a su defensor en la audiencia de control de detención, contraviniendo lo prescrito en el artículo 25 de la Ley Defensoría Penal Pública, y nunca requirió ningún tipo de información, más allá de inquirir acerca si tenía dinero para pagar el importe de los documentos negociables.

Más tarde, en la fase de acusación del fiscal y adhesión del querellante, figura como defensor el Sr. Omar Campillay Briceño, que jamás se comunicó con el inculcado, pese a ser notificado de la acusación fiscal y de su adhesión. Otro asistente judicial fue el Sr. Eugenio Navarro Garrido, que compareció ante el tribunal el diecinueve de febrero de dos mil cuatro a excusar al encartado de su inasistencia a la audiencia de preparación del juicio oral, debido a la enfermedad de su madre, explicaciones todas que hizo la cónyuge del girador. Este mismo abogado estaba presente el dieciocho de mayo de dos mil cuatro, al momento de darse lectura al auto de apertura del juicio.

También se apersonó doña Verónica Álvarez Muñoz, quien figuraba como representante al quince abril de dos mil cuatro, y en vista de la solicitud

del Ministerio Público de despachar orden de detención, en lugar de hacer notar al Juez de Garantía que la medida cautelar debía haber concluido el doce de marzo de dos mil tres y que por haber transcurrido un año desde esa fecha ya no podía servir de base para dicha orden, se limitó a dejarlo a criterio del tribunal, lo que en su concepto da cuenta claramente que se ha hecho un abandono de la defensa del querellado. Igualmente indica que, en su declaración indagatoria voluntaria prestada por el agente el veinte de septiembre ante la Fiscalía Local, proporcionó el nombre de tres peritos agrícolas que no fueron citados, lo que importa una violación del principio de objetividad, a la vez de ser otra falta a los deberes de la defensa al no interrogar a dichas personas, misma situación que se repite respecto de otros testigos individualizados en dicha declaración. Esta situación se reitera respecto de la documentación requerida a los Bancos BBVA y Desarrollo, que siempre entregaron respuestas escuetas e incompletas, y la defensa no pidió que se afinaran dichos informes, con antecedentes relativos a la línea de crédito disponible, garantías constituidas con el banco, créditos solicitados y disponibles, ni se presentó en la correspondiente audiencia de preparación de juicio oral la documentación necesaria para aclarar el asunto, siendo de la mayor importancia puesto que demuestran que el encausado es una persona solvente con fondos disponibles y no existió dolo en su actuar, y su única finalidad consistió en impedir que se agravaran los perjuicios que ya le había inferido la operación mercantil.

Tampoco se aportaron pruebas de descargo, puesto que no se interrogó a los otros afectados por la venta de plantas de mala calidad suministrada por la empresa querellante, ni se hizo averiguación alguna por parte del Fiscal en orden a establecer la relación contractual entre el querellante y encartado, que derivó en el incumplimiento de la obligación contraída, pese a ser una cuestión que el mismo ente persecutor se obligó a efectuar en la audiencia de formalización, en razón del principio de objetividad que lo gobierna. La única prueba aportada por la defensa consistió en dos testimonios y una perito asistente social, no obstante la presentación de cuatro testigos, que se restringieron a solicitud del Ministerio Público por "hiperabundantes", sin ni siquiera una teoría del caso por parte de la defensa.

En los antecedentes de derecho aduce que la Constitución establece la obligatoriedad que el imputado cuente con defensa técnica o jurídica, en el artículo 19, N° 3°, inciso 2°, concepto que se repite en la normativa del Código Procesal Penal, toda vez que es un derecho del hechor de contar con defensa letrada desde la primera actuación de la litis dirigida en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia, lo que no es un requisito formal, sino una exigencia del ejercicio de aquellos deberes y obligaciones mínimos que emanan del derecho a la defensa, como una forma de asegurar que el ius puniendi del Estado se realice en forma legítima y respetuosa de los derechos del convicto. Esta cuestión ha sido recogida por la doctrina y la jurisprudencia nacional y se ha visto reflejado en los estándares mínimos fijados a la Defensoría Penal Pública para el desarrollo de la prestación de servicios de auxilio judicial, estableciendo un deber de control por parte de los órganos estatales y los ciudadanos respecto del modo en que se cumple con la garantía constitucional en comento, máxime cuando el artículo 7°, letra d), de la Ley de la Defensoría Penal señala que los estándares mínimos de asistencia judicial han de ser determinados por el Defensor Nacional, materia objeto de diversos informes y evaluaciones que dan cuenta de los requisitos de un apoyo jurídico calificado que es una de las bases del nuevo sistema, el cual discurre sobre la base de la existencia de dos partes que se enfrentan en igualdad de armas ante un tribunal imparcial que decide con las pruebas y argumentaciones presentadas en el litigio, lo que necesariamente debe hacerse por alguien calificado al efecto, a fin de no menoscabar las garantías del hechor, pero ello se ha visto agravado en el caso en estudio porque han sido abogados proporcionados por la Defensoría Penal Pública quienes abandonaron la defensa, la cual, como se ha señalado por la doctrina imperante, no es un beneficio ni un privilegio, sino una exigencia de legitimidad democrática y jurídica.

Se asila en los artículos 159 y 160 del Código Procesal punitivo, para alegar el derecho a la defensa como una garantía constitucional y que por ende el perjuicio se presume de derecho y añade que su defendido ha sido objeto de medidas cautelares por veintidós meses, no contando con diligencia probatoria alguna, además de haber estado sometido a pesquisas por dos años y tres meses en un completo estado de desinformación du-

rante toda la indagación, por lo que el juicio oral llevado en su contra se encuentra viciado desde su génesis, ya que se ha desconocido el ejercicio esencial de las garantías y derechos constitucionales del enjuiciado.

**TERCERO:** Que en lo que toca al principio de objetividad, la recurrente reclama que la Fiscalía conculcó las disposiciones contenidas en los artículos 3° y ss de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y del Código procedimental penal, así como el 77 de esta última recopilación, donde se establece la obligación del persecutor de dirigir las pesquisas también hacia los hechos que acrediten la inocencia del inculpado pues debe obtener todo el material de descargo y velar porque ninguno de los derechos procesales del agente sea ignorado, lo que, como ya se dijo fue declarado por el propio Fiscal en la audiencia de formalización, donde expresó que iba a cometerse a la indagación de la compra de plantas enfermas, pero jamás citó a los peritos ni a los testigos individualizados por el acusado, razones por las cuales pide se manifieste que se ha infringido el derecho a la defensa que garantiza nuestra carta magna, así como el principio de objetividad. Pide se declare, en definitiva la nulidad del juicio oral y se ordene que el procedimiento se retrotraiga a la etapa de instrucción.

**CUARTO:** Que a partir del citado artículo 19, N° 3°, inciso 2°, de la Constitución Política de la República nuestro actual régimen legal garantiza, a todas las personas el derecho a contar con la defensa jurídica técnica que la ley señale, sin que autoridad o individuo alguno pueda impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido impetrada, regla que se repite en diversos preceptos del nuevo estatuto de enjuiciamiento criminal.

Precisando lo anterior, la garantía de nuestra carta magna consiste, en primer lugar, que cualquiera persona pueda contar con una defensa jurídica y también le asegura su conveniente ejercicio en el conflicto en orden a que desarrolle dicho profesional su defensa con la debida libertad para hacer valer sus pretensiones y excepciones, sin que para estos efectos se vea afectado por actos de otros que le impidan, restrinjan o perturben esa actividad, situaciones que en caso alguno pueden producirse con respecto de los defectos que critica el recurso y que conciernen a la forma de actuar de

los juristas en el procedimiento, desde el momento que cada defensor es libre de elegir la estrategia procesal que estime conducente a los fines correspondientes, máxime si se tiene en cuenta que fueron abogados quienes defendieron al convicto, que asistieron a todas y cada una de las audiencias fijadas, ofrecieron y rindieron prueba e interrogaron testigos, no pudiendo, en consecuencia, entrar a pronunciarse acerca de la calidad de la defensa, por ser una cuestión que abiertamente excede las facultades de este tribunal.

**QUINTO:** Que en el evento sub lite, no se ha cuestionado que en este conflicto se haya expuesto al querellado a defender sus pretensiones en un procedimiento irracional o injusto, sin otorgarle sensatas posibilidades de defensa, lo que es el complemento necesario para la observancia de la garantía constitucional invocada y que es en definitiva su acatamiento el que autoriza la intervención de esta Corte.

**SEXTO:** Que en lo que atañe a la contravención del principio de objetividad que gobierna al Ministerio Público, es menester destacar que dicha máxima no se encuentra dentro de las garantías constitucionales que nuestra carta fundamental consagra, sino que conforma uno de los criterios que orientan la instrucción criminal y es una obligación del fiscal enmarcar su actuación dentro de dicho axioma, bajo su propia responsabilidad y con las sanciones que la ley asigna al efecto, entre las que no se contiene la anulación del juicio por desconocimiento de dicha norma, en caso de haber existido, más aún si se repara en la carencia de pautas, parámetros o instrucciones de índole reglamentario para determinarlo.

**SÉPTIMO:** Que, a mayor abundamiento, cabe aclarar que la situación que la recurrente esgrime como agravante al adagio de objetividad, consiste en la falta de citación de los peritos referidos por el querellado en su declaración indagatoria voluntaria prestada ante el fiscal el veinte de septiembre de dos mil dos, para dar cuenta de un hecho que es ajeno a la averiguación misma, como son las malas condiciones de las plantas entregadas por el querellante, en circunstancias que el objeto del pleito propiamente dice relación con el pago de los efectos de comercio, una de cuyas características singulares consiste en la de ser títulos abstractos independientes de la causa que les dio origen, por lo que no resulta razonable indagar to-

das y cada una de las hipótesis planteadas cuando no ostentan un sustento en las propias pesquisas del Ministerio Público.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 372, 376 y 384 del Código Procesal Penal, SE RECHAZA el recurso de nulidad promovido por la abogada doña Daniela Horvitz Lennon, en representación del condenado Manuel Jorquera Grenet, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó, el dieciséis de julio dos mil cuatro y que corre a fojas 1 de este cuaderno, la que, por consiguiente, no es nula.

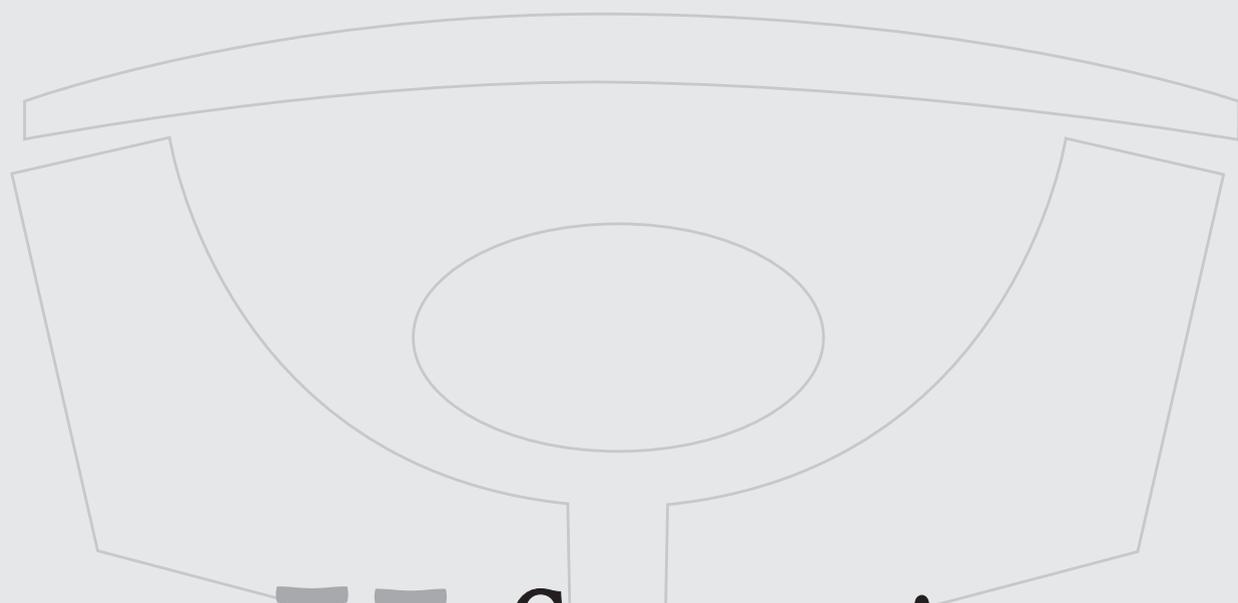
Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro Sr. Rodríguez Espoz.

ROL N° 3303-04

Pronunciada por la Segunda Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Milton Juica A., Jaime Rodríguez E. y los abogados integrantes Sres. Fernando Castro A. y Emilio Pfeffer Pizarro. No firman el Ministro Sr. Chaigneau y el abogado integrante Sr. Pfeffer, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios y ausente, respectivamente.





# II Sentencias Comentadas



**INFORME SOBRE LA POSIBILIDAD DE CONSIDERAR SUJETO PASIVO DEL DELITO  
DE ABUSO SEXUAL A UNA PERSONA EN ESTADO DE INCONCIENCIA  
(A LA LUZ DE LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES  
DE LA SERENA EN CAUSA ROL N° 37-2004)**

**JUAN PABLO COX LEIXELARD**

*Abogado*

*Profesor Ayudante de Derecho Penal*

*Universidad Adolfo Ibáñez*

• **Sentencia:**

Santiago, veintiuno de septiembre de dos mil cuatro.

**Vistos y teniendo presente:**

**PRIMERO:** Que el Fiscal Regional de Coquimbo, Ministerio Público de la IV Región don Víctor Hugo Villarroel Valenzuela ha interpuesto recurso de queja en contra de los ministros integrantes de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de La Serena don **ALFREDO AZANCOT VALLEJO, DOÑA ISABELLA ANCAROLA PRIVATO** y doña **MARÍA ANGÉLICA SCHNEIDER SALAS**, por las faltas o abusos graves cometidos al acoger el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del imputado René Peña Benítez y dictar enseguida sentencia de reemplazo por la que lo absolvió del delito de abuso sexual propio, cometido en la ciudad de Coquimbo el 26 de abril de 2003, en perjuicio de Francisco Barraza Vargas y por el cual había sido condenado por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena rol 118-2003. Se sostiene que la sentencia condenatoria demostró que el inculpa-do en su calidad de sacerdote, con ocasión de brindar la unción de los enfermos a la víctima, que se encontraba inconsciente en la U.C.I. del Hospital de Coquimbo, realizó con movimientos circulares y rotatorios tocaciones con su mano en los genitales de Barraza Vargas y calificó el hecho como el delito de abuso sexual, previsto y sancionado en los artículos 366 N° 1 y 361 N° 2, respectivamente, ambos del Código Penal y condenó a Peña a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, más las accesorias legales, concediéndole el beneficio de la remisión condicional de la pena. Se expresa en el libelo que el enjuicia-

do recurrió de nulidad invocando las causales contenidas en el artículo 374 letra e) del Código Proce-sal Penal, en relación con el artículo 342 letra c) del mismo cuerpo de leyes y en el artículo 373 letra b) de dicho código, acotándose que el primer moti-vo de nulidad carece de interés ya que fue recha-zado y por lo tanto, sólo es importante la segunda causal.

Se explica, en esta última parte, que el fallo recurrido señaló en su motivo 5º, que la errónea apli-cación del derecho se fundamenta básicamente en que los hechos establecidos en la sentencia, no con-figuran el delito de abuso sexual, toda vez, que obstaría a ello el hecho, también establecido por los jueces, consistente en que la víctima se hallaba en estado inconsciente, condición que impediría dar a ese acto la significación sexual exigida por la ley, al considerar que el legislador quiso darle a este delito un carácter mucho más objetivo a la conduc-ta prohibida, prescindiendo de elementos subjetivos especiales en el tipo (afán libidinoso o lúbrico) y también por contener el tipo penal dos característi-cas normativas objetivas, a saber, la significación sexual y que además debe ser relevante y que en lo primero, hay consenso en que esa significación sexual se traduce en un involucramiento de la vícti-ma en un contexto sexual, de manera tal que resul-ta afectado su pudor, sin que sea respetada la li-bertad sexual del sujeto pasivo y confrontando los hechos que se tuvieron por acreditados en la sen-tencia, con el elemento típico objetivo, consideró relevante dos circunstancias: 1) que la víctima se hallaba en estado inconsciente y 2) que las actua-ciones atribuidas al imputado se ejecutaron en el

contexto de administrar, según su condición de Sacerdote de la Iglesia Católica, el sacramento denominado la Unción de los Enfermos y, en esa confrontación se explica, la sentencia impugnada estableció que la descripción de los hechos probados, atendidas las circunstancias antes mencionadas, no tendría objetiva ni subjetivamente la significación sexual y de relevancia exigida por la ley, que permita su encuadramiento dentro del tipo penal aludido.

Se añade en el recurso, que los jueces recurridos al efectuar la modalidad comisiva del delito en cuestión, señalan que la privación de sentido o incapacidad para oponer resistencia de la víctima debe ser comprendida en armonía con los demás elementos típicos del delito investigado, de manera tal que sea compatible la significación sexual y de relevancia del acto, con la capacidad cognoscitiva de la víctima, mínima necesaria para que pueda ser involucrado en un contexto sexual no querido y afectado en consecuencia en su pudor, lo cual no es aplicable a tipos penales cuyo núcleo consiste en el acceso carnal, que no es homologable con el delito de abuso sexual, de significación menor, ya que para su apreciación jurídico penal, por mandato expreso de la ley, exige una valoración de carácter normativo manifestada en la valoración no sólo de la significación sexual del acto imputado, sino además, la apreciación acerca de su relevancia. Se explica que la sentencia insiste en el concepto de abuso sexual, tomando los dichos de un autor nacional, que había expresado que para que concurra la conducta del agresor debe activar los componentes sexuales de la personalidad del agredido y manifiesta que es necesario que se genere un ambiente sexual, que es aquel en que la sexualidad cobra inusitada relevancia, convirtiéndose en un factor preponderante o, al menos, relevante de la realidad inmediata de la persona, sea que ésta lo perciba así o no, en el cual participa de alguna manera en contra de su voluntad. De este modo y, por estos argumentos, los jueces recurridos han concluido que ha existido la errónea aplicación del derecho, por cuanto los hechos no son susceptibles de ser catalogados como constitutivos de delito de abuso sexual y acoge el recurso de nulidad, invalidando el fallo del tribunal oral, dictando sentencia absolutoria de reemplazo;

**SEGUNDO:** Que conforme a lo expresado en el considerando precedente, el recurso denuncia las faltas o abusos graves cometidos en la sentencia

de nulidad, señalando como el primero de ellos, el dejar sin efecto la aplicación de una ley plenamente vigente, manifestando que el delito de abuso sexual propio se configura si concurren determinados elementos: como es la existencia de una conducta en realizar una acción sexual distinta al acceso carnal, la que debe tener significación sexual, ser relevante y existir contacto corporal o afectación de los genitales, ano o boca de la víctima y además, debe concurrir la ausencia de voluntad o voluntad viciada de la víctima, de la manera que a la fecha del delito prescribía el artículo 361 N° 2 del Código Penal y, concordando con un autor que menciona, indica el recurrente que no existe ningún fundamento para afirmar que estas circunstancias de ausencia de voluntad tengan un alcance distinto del que se trata en el delito de violación y de esta manera, se sostiene, resulta claro que un elemento del tipo, ausencia de voluntad de la víctima, es la descrita en la norma citada, cuando la víctima se halla privada de sentido, agregando que en el caso, existe tipicidad objetiva en materia de abuso sexual propio asociado a la hipótesis de violación del artículo 361 N° 2, cuando encontrándose la víctima privada de sentido, se realiza sobre ella un acto de significación sexual y de relevancia mediante contacto corporal con la misma o afectando sus genitales, su ano o su boca, por lo que se reclama que si el método lógico que impone la ley para verificar la tipicidad objetiva de una conducta es la sumatoria o agregación de elementos no puede establecerse la tipicidad mediante un razonamiento que admita que por la concurrencia de un elemento del tipo se impida la concurrencia de otro, sostener lo contrario, es dejar sin aplicación una ley vigente, puesto que no obstante de concurrir los elementos del tipo, el órgano jurisdiccional diga lo contrario. De este modo, los jueces recurridos han cometido una falta o abuso grave al manifestar que la modalidad comisiva del delito consistente en que la víctima se encuentre privada de sentido, debe ser comprendida en armonía con los demás elementos típicos del hecho investigado, de manera tal, que sea compatible la significación sexual y de relevancia del acto, con la capacidad cognoscitiva de la víctima, mínima necesaria para que pueda ser involucrada en un contexto sexual no querido y afectada en consecuencia en su pudor, lo que equivale a sostener que, en los casos en que la víctima se encuentra completamente privada de sentido, se impide que exis-

ta un acto de significación sexual o, lo que es igual, que la presencia del elemento típico ausencia de voluntad de la víctima, excluye la posibilidad de que concurra el elemento típico acción sexual, lo que claramente la ley no dice, incorporando un elemento típico inexistente, ya que en estos hechos debe tener la víctima una mínima capacidad cognoscitiva. Esta errónea argumentación, se reclama, dejaría a las víctimas de manera arbitraria, en absoluta indefensión en materia de abusos sexuales cometidos en su contra, cuando se encontraren en estado de completa inconsciencia;

**TERCERO:** Que en segundo lugar, el Ministerio Público le atribuye a los jueces recurridos falta o abuso grave al pronunciarse sobre circunstancias que no han sido sometidas a su decisión, las que se habrían cometido también cuando el fallo impugnado, en su considerando quinto, expresa cuál es la errónea aplicación del derecho que sería la que constituye la causal de nulidad del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, al concretarla en la no existencia del hecho establecido por los jueces, consistente en que la víctima se hallaba en estado inconsciente, condición que impediría dar a ese acto la significación sexual exigida por la ley. Sin embargo, se reprocha, que la Corte ha excedido sus facultades al considerar aspectos no sometidos a su conocimiento, al agregar que las actuaciones atribuidas al imputado, se efectuaron en el contexto de administrar, según su condición de sacerdote de la Iglesia Católica, el Sacramento denominado Unción de los Enfermos, con lo cual los hechos probados no tendrían objetiva ni subjetivamente la significación sexual y de relevancia exigida por la ley, que permitan su encuadramiento dentro del tipo penal de abuso sexual, por lo que se pronunció el fallo sobre la relevancia, que es un elemento del tipo distinto no invocado como transgredido y para el cual no estaban facultados los jueces recurridos para actuar de oficio, ya que el legislador no los autoriza, salvo para el caso de los motivos absolutos de nulidad, que no es la situación;

**CUARTO:** Que finalmente la fiscalía recurrente, expresa que las faltas o abusos graves cometidos en la sentencia de nulidad, se extienden a la sentencia de reemplazo que absolvió al imputado, basándose en la atipicidad del acto, porque los hechos establecidos por el tribunal oral no son subsumibles en el tipo penal previsto en el artículo 366 N° 1, en relación con los artículos 361 N° 2 y

366 ter, todos del Código Penal y basándose también en la falta de relevancia;

**QUINTO:** Que en contra de la misma sentencia, la defensa del querellante Pedro Barraza Segovia ha interpuesto recurso de queja, el que rola a fojas 129 y que se ordenó acumular a fojas 165, en el cual reclama de las faltas o abusos cometidos por los jueces recurridos al acoger el recurso de nulidad del imputado Peña, al sostener en su sentencia que las tocaciones genitales no configuran el delito de abuso sexual, por estar inconsciente la víctima, razonando que el tipo penal del artículo 366 ter del Código Penal contiene la exigencia de reunir simultáneamente dos características normativas objetivas: significación sexual y ser relevante y que la significación sexual de un acto se traduce o debe traducirse en un involucramiento de la víctima en un contexto sexual. En este entendido, el recurso plantea como primer reproche de falta o abuso grave, la circunstancia de haber fundado el fallo, los jueces recurridos, en opiniones doctrinales inexistentes y descontextualizadas. Así se señala en el considerando octavo que existiría prácticamente consenso en los comentaristas nacionales que la significación sexual de un acto se traduce o debe traducirse en un involucramiento de la víctima en un contexto sexual, de manera tal que resulta afectado en su pudor, sin que sea respetada la libertad sexual del sujeto pasivo, criticando porque esas referencias no son correctas, veraces y pertinentes. Así se denuncia que el párrafo textual del fallo acerca de lo escrito por Juan Carlos Tobar Salas (Violencia sexual. Análisis de la nueva ley N° 19.617 de 1999, Editorial Pehuén y Escuela de Derecho, Universidad católica de Temuco pag. 53) no corresponde al texto aludido. En segundo término, existiría una cita descontextualizada, de Luis Rodríguez Collao (delitos sexuales año 2000 pag. 196) ya que si bien la transcripción es correcta, no se extrae de ella lo que el fallo afirma, en cuanto a que la significación sexual se traduce en un involucramiento de la víctima en un contexto sexual. La tercera cita referida en la sentencia también se afirma descontextualizada, y corresponde a Juan Pablo Cox (Los abusos sexuales. Aproximación Dogmática. Editorial Lexis Nexis, año 2003, pag. 137), que no sostiene como elemento del tipo el involucramiento de la víctima en un contexto sexual, por el contrario el autor citado dice y agrega sea que ésta lo perciba así o no;

**SEXTO:** Que en el segundo capítulo de falta grave, el recurso del querellante se refiere a la existencia de la errónea aplicación del derecho que acogió la sentencia recurrida sobre la base de exigir ilegalmente como elemento del abuso sexual la conciencia de la víctima, con lo cual ha despenalizado un delito y deja sin sanción a todos aquellos que prevaliéndose de la privación de sentido de otra persona, ejecuten respecto de ellas actos de carácter sexual que no consistan en el acceso carnal. Se agrega que la premisa básica del derecho penal, es que la descripción que se hace del tipo penal está referida a la conducta del sujeto activo y no al sujeto pasivo, vale decir, no se requiere el elemento volitivo de la víctima para la tipificación y es pertinente recordar que el tipo penal del artículo 366 del Código Penal castiga al que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal y el castigo es más severo cuando el ofendido se halle privado de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia, que son los casos en que la víctima está en una situación de extrema vulnerabilidad. Se expresa finalmente, en lo que interesa, que la expresión involucramiento que se emplea por los jueces recurridos está mal utilizada, ya que su sentido es simplemente hacer participar a la víctima de un hecho y no que ella participe del hecho con su voluntad, ya que es ella la afectada, no la que provoca el efecto;

**SÉPTIMO:** Que los jueces recurridos al informar a fojas 55 el recurso de queja deducido por el Ministerio Público, luego de resumir las faltas o abusos que se le imputan, el contenido del recurso de nulidad que debieron resolver y los hechos establecidos por el tribunal del Juicio Oral en lo Penal que aceptan, resultan inamovibles, aclaran que la conducta ilícita no consistiría en frotaciones sino tocaciones sobre los genitales de la víctima, sobre la sábana que la cubría, lo que atentaría con la debida configuración de la conducta, en orden a determinar con precisión la significación sexual de ella y su relevancia. Resaltan los informantes que la conducta descrita como típica, es la de haber realizado el imputado con movimientos circulares y rotatorios tocaciones sobre la sábana, en la zona que cubría los genitales del paciente, sin explicitarse de alguna manera el tiempo que la acción duró o la intensidad de los movimientos sobre esa zona y lo que los genitales abarcaba, que el acto del imputado se produce en el curso de celebrarse el Sacra-

mento Católico de la Unción de los Enfermos, agregando que no obra respecto del acusado antecedente de existir a su respecto desviación sexual y que el lugar de ocurrencia del hecho, está constituido por un recinto hospitalario de cuidados intensivos, con vidrios transparentes, con dos pacientes, sujetos a vigilancia destacada, con clara visión de ellos, lo que hace insólita la situación de haber tenido la conducta del imputado una significación realmente sexual. Se expresa en el informe que un comportamiento tiene connotación sexual cuando el sujeto activo realiza un acto por el que satisface de algún modo su instinto sexual y tratándose del delito en cuestión, tal acto no ha de ser abusivo respecto del otro a quien se involucra en un contexto sexual, esto es haciéndolo partícipe, entendida la expresión como tener una parte en una cosa o tocarle algo de ella y siempre que esa conducta intrínsecamente posea esa connotación sexual tanto para el hechor como desde el punto de vista social. Argumentan que todos los elementos reseñados de importancia, impedían a su juicio darle al hecho establecido la real significación inequívocamente sexual, intrínseca del acto, para constituir el requisito fundamental de la figura penal. En cuanto a la relevancia de la conducta, sostiene el informe, que la ley al revestir significación sexual debe tener una gravedad tal de que haya involucramiento de los genitales, el ano o la boca de la víctima y que la afectación de tales órganos ha de identificarse con precisión y realizarse directamente sobre ellos y que el fundamento aducido por los jueces de la instancia de poner la mano sobre los órganos genitales de la víctima, para luego realizar reiterados movimientos circulares y rotatorios sobre éstos, que importaría un atentado contra la indemnidad sexual del ofendido, constituye un error de derecho pues tal criterio llevaría a concluir que toda acción de significación sexual por mínima que sea ella, lo transformaría en un acto de relevancia, citando para enfatizar el argumento al autor Luis Rodríguez Collao. De esta manera, los jueces recurridos sostienen que llegaron a la conclusión que no se hallaba acreditado el hecho punible dado que la conducta descrita como tal, en el fallo del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal per se no tenía la significación sexual requerida como uno de los elementos para configurarlo y aun de haberlo tenido, dicha conducta no era de relevancia, por lo que debían acoger el recurso de nulidad deducido con-

tra la sentencia aludida y, por lo tanto, resulta intrascendente lo relativo al estado de inconsciencia de la víctima, que se consideró para tener por configurada la circunstancia del N° 2 del artículo 361 del Código Penal y que aun estimando el error que pudieran haber cometido, con la exigencia de la capacidad cognoscitiva del ofendido, esto no influyó en lo esencial, porque su decisión se basó en la ausencia de los requisitos primarios de la figura punible, atinentes a la significación sexual del acto y su relevancia. En el informe de fojas 155, los jueces recurridos se remiten a los argumentos dados con motivo del recurso de queja deducido por el Ministerio Público y sólo aclaran que la cita hecha en el fallo correspondiente a la obra de Juan Carlos Tobar Salas corresponde exactamente a lo expuesto por este autor, según fotocopia de la página 55 que acompañan;

**OCTAVO:** Que la defensa del imputado René Peña Benítez, en los escritos de fojas 48 y 153 han promovido cuestión de admisibilidad acerca de los recursos de queja deducidos en estos antecedentes, tanto en relación a la naturaleza jurídica de las sentencias, materia del arbitrio disciplinario, como también con motivo de la inimpugnabilidad absoluta que contempla el artículo 387 del Código Procesal Penal, alegato que fue reiterado en la audiencia pública de la vista de estos recursos, peticiones que en esta etapa procesal deben ser desestimadas, en atención a que este tema se discutió y resolvió en las resoluciones de fojas 38 y 148 y por ello es que se entró a conocer derechamente el fondo del asunto debatido;

**NOVENO:** Que en lo principal, para juzgar adecuadamente la existencia de las faltas o abusos graves que se denuncian en los recursos de queja, latamente explicados en los considerandos precedentes, resulta de rigor examinar como una cuestión básica, cuáles fueron los hechos que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, dentro de sus facultades soberanas estimaron acreditadas en el proceso seguido en contra de René Peña Benítez por el delito de abuso sexual, al dictar la sentencia que lo condenó como autor de esa figura ilícita, recurrida de nulidad por dicho encausado y conforme al carácter de derecho estricto que la ley asigna debieron ser aceptados, tal como se establecieron por los jueces de aquel tribunal, mandato que también le es obligatorio a esta Corte Suprema, para decidir sobre la existencia de las faltas y abusos denunciados;

**DÉCIMO:** Que la sentencia definitiva de la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, de fecha seis de marzo de dos mil cuatro y que se escribe de fojas 42 a 54 de los antecedentes tenidos a la vista, en el considerando sexto, tiene por acreditado que el 26 de abril de 2003, en horas de la tarde, un sujeto investido de su calidad de sacerdote, con ocasión de brindar la Unción de los Enfermos a Francisco Barraza Vargas, quien se encontraba inconsciente en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital de Coquimbo, realizó con movimientos circulares y rotatorios tocaciones a los genitales de Barraza Vargas. Más adelante y en lo que toca sólo a las afirmaciones de los hechos demostrados, el mismo fallo en el acápite final del considerando octavo, precisa que el acusado efectuó una conducta o acto externo consistente en poner la mano sobre los órganos genitales de la víctima, para luego realizar reiterados movimientos circulares y rotatorios sobre éstos, lo que constituye un acto ejecutado por el acusado con una evidente e indubitada aproximación corporal con la víctima y de manifiesta connotación sexual, como lo es el tocar los genitales de un sujeto que se encuentra inconsciente, privado de sentido e incapaz de oponer resistencia, y relevante desde que importa un atentado contra la indemnidad sexual de la víctima. En el fundamento siguiente dicha sentencia, explica otra vez la conducta que se denunció como delictiva, en la que se expresa que el hechor se colocó al lado de la cama del paciente, pasando su mano sobre el paciente por las piernas hasta las rodillas y luego, comenzó a hacer un movimiento circular sobre los genitales del paciente. Esta sentencia concluyó que los hechos antes descritos se encuadran dentro de la descripción típica del delito de abuso sexual, ilícito penal descrito y sancionado en los artículos 366 N° 1 y 361 N° 2 del Código Penal, constituyéndola en la hipótesis del abuso sexual propio, que regula dicha primera norma punitiva;

**UNDÉCIMO:** Que en contra de esta decisión condenatoria, la defensa del imputado dedujo recurso de nulidad, el que, en lo que aquí interesa, se fundamentó en la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, alegando una errónea aplicación del derecho, acotándolo en lo pertinente, al concepto de abuso sexual que previene el artículo 366 ter del Código Penal en cuanto exige la concurrencia de a lo menos dos características: que

tenga significación sexual y que, además, sea relevante y en este predicamento, arguye la defensa que habiendo afirmado los jueces del juicio oral que la víctima se hallaba en estado inconsciente, esta circunstancia impide tener por satisfecha la primera de las características típicas antes señaladas, porque en su opinión, la significación sexual supone siempre el involucramiento de la víctima en un contexto sexual, en términos tales que resulte efectivamente lesionado el bien jurídico protegido, cual es la sexualidad o más precisamente la función sexual de la víctima. Se agrega más adelante que desde el punto de vista del sujeto pasivo siempre será necesario que exista una afectación a la sexualidad de la víctima, en términos tales que ella sea propicia para que el sujeto activo satisfaga o intente satisfacer su apetencia sexual, pero en todo caso, ofendiendo el pudor sexual de la víctima y para ello, naturalmente, ésta debe estar en condiciones psíquicas y/o cognitivas suficientes para experimentar en sí misma esa vulneración o atropello a su sexualidad, que sea apta para ofender efectivamente su pudor, para lo cual es absolutamente necesario al menos un mínimo de conciencia sobre aquello. Es importante consignar que el recurso, le bastó para fundar la aplicación errónea de la ley penal, la falta de significación sexual exigida por la ley y no necesita examinar la concurrencia del elemento relevancia, ya que le resulta absolutamente inconducente la valoración de la entidad real o concreta de la misma, en términos si es o no relevante;

**DUODÉCIMO:** Que analizando el recurso de nulidad, en cuanto se basa en el quebrantamiento sustancial del derecho, los jueces recurridos sostienen que el abuso sexual requiere el cumplimiento de dos características normativas objetivas: significación sexual y relevancia y expresan que existe prácticamente consenso en los comentaristas nacionales que la significación sexual de un acto se traduce o debe traducirse en un involucramiento de la víctima en un contexto sexual, de manera tal que resulte afectado su pudor, sin que sea respetada la libertad sexual del sujeto pasivo, apoyándose en doctrina que cita (considerando 8º). En esta alternativa los jueces recurridos, consideran especialmente relevantes las circunstancias de que la víctima se hallaba en estado inconsciente, o en un coma profundo o sin ninguna respuesta neurológica y en estas condiciones aseveran: que el imputado, revestido de la calidad de sacerdote y con ocasión de

brindar la unción de los enfermos a Francisco Barraza Vargas, quien se encontraba inconsciente en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital de Coquimbo, realizó con movimientos circulares y rotatorios tocaciones con su mano sobre los genitales de Barraza, descripción que no tendría objetiva ni subjetivamente la significación sexual y de relevancia exigida por la ley, que permita su encuadramiento dentro del tipo penal de abuso sexual. Se añade más adelante, que la situación de la víctima privada de sentido o incapacitada para oponer resistencia, debe ser comprendida en armonía con los demás elementos típicos del delito investigado, de manera tal que sea compatible la significación sexual y de relevancia del acto, con la capacidad cognoscitiva de la víctima, mínima necesaria para que pueda ser involucrada en un contexto sexual no querido y afectada en consecuencia en su pudor, sosteniendo, que lo anterior no es válido tratándose de delitos sexuales con acceso carnal y que el hecho mismo, dado el estado de inconsciencia podría constituir otros ilícitos atentatorios contra la dignidad de la víctima, excluyendo el abuso sexual, pero que no fueron parte de las acusaciones. En resolución separada, se dictó la sentencia de reemplazo que absolvió al acusado, argumentando que los hechos establecidos por el tribunal oral no son subsumibles en el tipo penal del artículo 366 N° 1, en relación con los artículos 361 N° 2 y 366 ter, todos del Código Penal;

**DECIMOTERCERO:** Que la figura de abuso sexual, se encuentra contemplada en el artículo 366 del Código Penal y fue establecida de esa manera, a partir de la ley 19.617 de 1999, que modificó la antigua denominación de abusos deshonestos, que tipificaba este mismo artículo. En la nueva redacción la norma punitiva castiga al que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años y, en lo que aquí interesa, se previó una penalidad determinada en el artículo 361, disposición esta última que también fue modificada por la expresada ley 19.617. A su vez, como complemento del abuso sexual, se agregó con la reforma el artículo 366 ter, en el que se aclara que 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 hubiere contacto corporal con ella. Esta nueva regulación puni-

tiva, tuvo por objetivo, precisar con mayor claridad los elementos del tipo de esta figura penal, que de alguna manera creó dudas doctrinales con respecto a la antigua norma que sancionaba simplemente el abuso deshonesto sin describir con precisión sus supuestos más elementales. Gustavo Labatut, precisaba que el elemento material de este delito está constituido por todos los actos sexuales libidinosos, que se realicen sobre persona de uno u otro sexo, con excepción de la cópula normal y aventura cuáles serían configurantes del ilícito. Exige dicho autor como ánimo en la comisión del delito el propósito impúdico (Derecho Penal Tomo III Editorial jurídica, páginas 237 y 238). Mario Garrido Montt, explica en torno a este delito, que el abuso sexual tiene que ser algo distinto a la acción que se describe en aquellas figuras, pero siempre vinculado con lo lascivo, y como se trata de un abuso, ha de faltar en el acto de que se trata, la voluntad de la persona afectada. Agrega que el bien jurídico protegido es la libertad sexual de la víctima o su incolumidad (en el caso del menor de edad o del privado de razón). Explica más adelante este autor que la acción ilícita requiere una conducta que no alcance a constituir una unión carnal vaginal con una mujer o anal con un hombre, pero que constituya un contacto corporal con la víctima, aunque sea un simple tocamiento con contenido sexual, y consista en el compromiso de zonas erógenas de los cuerpos de los sujetos que intervinieren y, explica que el tipo subjetivo está integrado, además del dolo, por un elemento subjetivo especial, el ánimo libidinoso, porque se trata de un tipo de tendencia interna trascendente (Derecho Penal, Parte especial Tomo III Editorial Jurídica, páginas 313, 314 y 315). Etcheverry, sobre el mismo punto acota, que este delito se trata en el código en forma particularmente tortuosa y que provoca serias dificultades de interpretación, siendo el primer problema determinar cuál es la conducta sancionada y pregunta es abusar deshonestamente?, aceptando en general sobre este punto la opinión de Labatut, agregando que no hay dudas que se trata de abusar de una persona y no de la función sexual. Y en cuanto a la esencia misma de la conducta, explica el autor que este delito consiste en realizar sobre otra persona actos que no lleguen al acceso carnal ni vayan encaminados a él, que sean objetivamente aptos para ofender la honestidad o pudor de la otra persona, y que no sean libremente consentidos por ésta. (De-

recho Penal. Tomo IV Segunda edición. Editorial Nacional Gabriela Mistral. Páginas 65, 66 y 67);

**DÉCIMO CUARTO:** Que en este estado de cosas, la reforma que se efectuó por intermedio de la ley 19.617, pretendió mejorar la tipicidad del antiguo delito de abusos deshonestos, precisando ahora una descripción más objetiva del tipo y sus formas de comisión, haciendo coincidir la figura base del artículo 366 del Código Penal con sus cualidades fundamentales de acuerdo como lo precisa el artículo 366 ter, del mismo cuerpo de leyes y en este último aspecto, tratándose de la acción sexual, se pretende reemplazar la exigencia de elementos subjetivos por pautas normativas sobre la base de la significación sexual y la relevancia. Criterio que se colige claramente del debate legislativo en torno a esta reforma. Así en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados (Sección N° 1 de 21 de mayo de 1995) se deja constancia, que en el nuevo precepto se precisan las conductas típicas, que no se encuentran definidas y que tiene un carácter meramente residual. Se indica, asimismo, que la expresión abusos deshonestos es equívoca, toda vez que lo deshonesto puede referirse a acciones no necesariamente de índole sexual. Se explicó que el elemento material de este delito está constituido por todos los actos sexuales libidinosos que se realicen en alguna de las formas que señala el precepto, con la sola excepción de la cópula. Criterio que luego se acotó perfectamente en el Senado, Sesión N° 31 (anexos documentos) página 3.357, cuando precisando el alcance del término acción sexual y de establecer con ello el umbral mínimo de punición de los atentados sexuales, se consigna una definición legal, que se basa en las siguientes consideraciones: a) como regla general, se exige contacto corporal entre el agresor y la víctima, pero no es necesario que haya contacto con la piel desnuda de uno y otro, ya que también el tocamiento realizado por encima de la ropa de la víctima puede configurar el delito, b) existiendo contacto corporal entre el hechor y la víctima, no se exige ánimo lascivo en el primero, sino que basta que la acción tenga una significación sexual, lo que se determinará atendiendo las pautas sociales que definen la sexualidad, c) excepcionalmente, se acepta también la calidad de acción sexual para conductas que no supongan contacto corporal entre el agresor y la víctima, siempre y cuando afecten la zona genital o anal de la víctima

y sean realizadas con ánimo lascivo por el agresor. Es conveniente puntualizar que en definitiva este ánimo lascivo, referente a las tocaciones genitales se excluyó del texto, recogiendo seguramente las sugerencias hechas valer en la Sesión 26 (Pag 3.661), que manifestada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Ministerio de Justicia opinaban que debían sustituirse gradualmente de criterios subjetivos (ánimo lascivo) por criterios normativos o intersubjetivos (significación sexual). También es útil considerar el informe de la Comisión Mixta del proyecto que se analizó en la Sesión 19 del 18 de noviembre de 1998, en cuanto a esta parte, acepta la redacción del artículo 366 del Código Penal, porque efectúa una importante contribución para mejorar la situación actual y clarificar el hecho de que, en materia de abusos sexuales, no existe un solo hecho punible, sino que al menos hay dos delitos distintos, que son el abuso sexual grave, que se comete con las circunstancias de la violación y el abuso sexual menos grave, que se comete con las circunstancias del estupro;

**DÉCIMO QUINTO:** Que conforme a lo explicado precedentemente, es claro que el abuso sexual, distinto del acceso carnal que pena el artículo 366, importa para la configuración el cumplimiento de ciertos requisitos normativos elementales, con prescindencia de algún ánimo especial, afirmación que fluye de lo que define el artículo 366 ter y que exige una acción o conducta de carácter claramente de índole sexual, dotada de cierta relevancia y constituir un contacto corporal vinculado a esa significación sexual o bien, a falta de ese contacto estar relacionada esta acción directamente a los genitales, el ano o la boca de la víctima. Desde este punto de vista, es claro que el sentido de estas dos normas complementarias entre sí, es la de punir toda conducta realizada que sea suficiente para ofender en su libre sexualidad a otra persona, sin exigir que esta ofensa provoque necesariamente un efectivo agravio en los sentimientos íntimos referentes a la sexualidad de la víctima, ya que este resultado puede ser irrelevante en los casos de los menores de 14 años (artículo 366 bis) o cuando la víctima se halla privada de sentido;

**DÉCIMO SEXTO:** Que como se expresó en el considerando décimo precedente, siendo un hecho del proceso, que el acusado en la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital de Coquimbo y en su calidad de sacerdote, en el momento previo de practicar el sacramento de la unción de los enfer-

mos al paciente Barraza, realizó un acto externo consistente en poner las manos sobre los órganos genitales de éste, para luego realizar reiterados movimientos circulares y rotatorios sobre éstos, esta conducta constituye precisamente el delito que contempla el artículo 366 del Código Penal, ya que evidentemente realizó abusivamente una acción sexual distinta del acceso carnal, porque dichos actos realizados de manera reiterada, mediante un contacto corporal afectando los genitales de la víctima agotan sobradamente la definición de acción sexual que exige el artículo 366 ter del Código Penal, concurriendo claramente los supuestos de significación sexual y de relevancia que hacen reprochable penalmente la conducta del sujeto activo;

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que resulta inadmisibles, y claramente ilegal la exigencia colocada por los jueces recurridos en torno a este ilícito, cuando consideran como un elemento del tipo el que la víctima esté involucrada en el abuso, en cuanto debe tener un mínimo de conciencia de la ilicitud de la conducta del agresor, afectando de este modo su pudor u honestidad, puesto que siendo también un hecho incontrovertible la circunstancia de haber estado la víctima, en el momento de las tocaciones impúdicas, en estado de inconciencia, exigiendo tales jueces que debía contar el agraviado, equivocadamente por supuesto, con una capacidad cognoscitiva mínima necesaria para que pueda ser involucrado en un contexto sexual no querido y afectado en consecuencia en su pudor. Al respecto, es conveniente señalar que efectivamente la víctima, se hallaba postrada en un recinto hospitalario en coma profundo y sin ninguna respuesta neurológica, es decir, se reconoce que ésta se encontraba privada de sentido, modalidad contemplada en el N° 2 del artículo 361 del Código Penal, con la modificación clara que al efecto hizo la ley N°19.617 para distinguir las situaciones de víctimas privadas de sentido y aquellas con enajenación o trastorno mental. Esta modalidad es precisamente calificante en el delito de abuso sexual, cuando ésta consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361. De este modo, con la lectura que le han dado los jueces recurridos a las normas claras que se han expresado anteriormente, frente a los hechos demostrados en este juicio, éstos de manera improcedente han dejado de aplicar una ley que claramente les instaba a declarar la culpabilidad del imputado en esos hechos ilícitos;

**DÉCIMO OCTAVO:** Que el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales hace procedente el recurso de queja, cuando en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional, incurran en faltas o abusos graves, arbitrio que corresponde acoger en este caso, puesto que como se ha señalado los jueces recurridos han procedido a acoger un recurso de nulidad, por estimar la existencia de una errónea aplicación de la ley, cuando el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, frente a los hechos demostrados que eran claramente delictivos, con apego a la ley sustancial, condenó al imputado por su conducta abusiva sexual cometida en contra de una víctima privada de sentido y sólo con infracción a los deberes que le son propios para decidir una cuestión jurídica, han dejado aquellos jueces de aplicar la ley a un caso especialmente previsto en ella, con lo cual se da el requisito material que exige la ley para que por la vía disciplinaria se enmiende el mal que ha provocado tan injusta sentencia y le ponga pronto remedio.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 545 y 548 del Código Orgánico de Tribunales, **SE ACOGEN** los recursos de queja deducidos a fojas 23 y 129, por la parte del Fiscal Regional de Coquimbo y en representación del querrelante señor Pedro Barraza Segovia, respectivamente, y se decide:

**a)** Que se dejan sin efecto las resoluciones de la Corte de Apelaciones de La Serena, recaídas en el recurso de nulidad N° 37-2.004 y dictadas el treinta de abril de dos mil cuatro y que rolan a fojas 118 y 124, en la parte que se acoge el recurso de nulidad por la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal y la que pronuncia sentencia de reemplazo que absuelve al acusado René

Fernando Peña Benítez, en la causa rol único 0300070152-0 y Rol interno 118-2.003 de la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esa ciudad;

**b)** Que con el mérito de las razones dadas en esta sentencia y reproduciendo los considerandos primero a cuarto del fallo de la Corte de Apelaciones en cuanto rechazó la nulidad por motivos absolutos, se desestima también, el recurso deducido por la defensa del imputado Peña, corriente a fojas 56 del expediente traído a la vista, en lo que se refiere a la causal del artículo 373 letra b) ya referida, manteniéndose, de este modo, la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal aludido, de fecha seis de marzo de dos mil cuatro, corriente a fojas 42 de dichos autos;

**c)** Pasen los antecedentes al Pleno de esta Corte para los fines previstos en el inciso final del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese, agréguese copia autorizada de esta resolución en el proceso traído a la vista y archívese.

Redactó el Ministro Señor Juica.  
N° 1.788 2.383- (04)

Pronunciada por la Segunda Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sres. Enrique Cury U., Milton Juica A., Jaime Rodríguez E. y los abogados integrantes Sr. Emilio Pfeffer Pizarro y Sra. Luz María Jordán A. No firman los abogados integrantes Sr. Pfeffer y Sra. Jordán, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausentes.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

- **Comentario:**

1. El objetivo de este informe consiste en esclarecer si una persona privada de sentido puede ser víctima del delito de abuso sexual del artículo 366 inciso primero del Código Penal (antiguo 366 N° 1) o si, por el contrario, es necesario que cuente con una capacidad cognoscitiva mínima para que una actuación pueda ser catalogada a su respecto como de significación sexual y relevancia (artículo 366 ter).

Esto cobra una especial importancia dado que el fallo objeto de este informe, además de abordar distintos tópicos de interés, algunos de los cuales cobran una relevancia sólo tangencial a lo que aquí importa, como el de la posibilidad de aplicar la figura del delito continuado en el ámbito de los denominados delitos de connotación sexual, o el del valor que debe asignarse a algunos medios de prueba, plantea cuestiones fundamentales e ineludibles a la hora de revisar el contenido y alcance de la figura delictiva, en concreto en cuanto a la determinación del concepto de acción sexual, núcleo conductual de la misma.

En efecto, la esencia de la cuestión resuelta por la Corte estriba en precisar cuándo se satisfacen las exigencias normativas contenidas en el artículo 366 ter del Código Penal, que en estricta relación con el caso concreto ventilado limita la tarea al esclarecimiento de los conceptos de “significación sexual” y de “relevancia” empleados por el legislador.

2. El criterio utilizado por el sentenciador no sólo es confuso e inadecuado, sino que, también, errado. Así, una correcta apreciación de los diversos componentes a considerar conduce a conclusiones opuestas a las defendidas por la Corte, básicamente en atención a que, por una parte, ésta lleva a cabo una equivocada interpretación de la expresión “significación sexual” y, por otra, introduce una limitación al alcance de la figura típica ajena a la sistemática legal, lo que redundo, de paso, en una desigual y contradictoria protección de los ofendidos.

Ambas fallas se vinculan a una confusión respecto del contenido mismo del bien jurídico protegido, factor primordial de una hermenéutica teleológica en materia penal.

3. Atendido que el artículo 366 ter define la acción sexual como un acto de significación sexual y de relevancia llevado a cabo de determinada manera, avocarse al esclarecimiento del concepto de significación sexual es vital. Para ello es necesario recurrir a pautas o criterios objetivos, tal como el propio juzgador reconoce al destacar la innovación que la Ley N° 19.617 introdujo a este respecto.

Pues bien, y evitando una profusa referencia a autores y textos legales, todos fácilmente asequibles, desde este prisma es imprescindible afirmar que un acto tendrá significación o connotación sexual cuando sea de aquellos que se ejecutan generalmente motivados por impulsos sexuales, lo que repercutirá en la creación de un contexto sexual, para lo cual no es necesario que el ofendido capte la entidad de la acción.

Sin intentar una revisión pormenorizada, lo anterior, desglosado, implica que, primero, dados los posibles criterios de determinación que de la voz “sexual” y sus derivadas se reconocen, el limitado a la genitalidad debe descartarse por razones evidentes, debiendo concluirse que se alude a la vinculación entre el origen síquico de la acción ejecutada y ella misma. Esto es, un acto será sexual en la medida que sea de aquellos que se realizan o ejecutan motivados por el impulso sexual.

Con esto, en segundo término, se intenta evitar tanto el peligro de la incriminación fundada en parámetros eminentemente morales como la vulneración del principio de taxatividad. Así, es imperativo asumir que la significación sexual se produce conforme a criterios objetivos, que en definitiva se traducen en una referencia al común de las personas: será un acto de significación sexual aquel que el común o la generalidad de las personas ejecuten motivados por dicho instinto, con prescindencia de consideraciones a la específica finalidad del autor o a la condición anímica de la víctima.

Desde esta perspectiva debe resolverse la cuestión del involucramiento que el agente hace de la víctima en un contexto sexual. Este punto es crucial, pues el fallo de la Corte discurre y despliega su razonamiento sobre la base de considerar que sólo estaremos en presencia de una acción de significación sexual apta de involucrar al ofendido en un contexto sexual cuando éste sea capaz de percibirla como tal, porque de lo contrario no podrá afectarse su pudor.

Es útil aclarar este punto: no se requiere que la víctima sea sana mentalmente para involucrarla en un contexto sexual, justamente porque éste se produce por la sola actuación del sujeto activo, ya que lo definitorio de un contexto tal es la ejecución de una acción de significación sexual. El tribunal agrega, citándome, que es necesario que se activen los componentes sexuales del ofendido para estar en presencia del tantas veces mencionado contexto. Pues bien, urge formular dos aseveraciones al respecto: a) la referencia a los componentes sexuales debe entenderse en relación a la significación sexual, de manera tal que no será otra cosa que el anverso de dicha figura, esto es, la actuación será de aquellas que la generalidad de las personas percibe como sexual; b) en el texto citado se hace expresa mención a que ese resultado se produce con independencia de la capacidad cognoscitiva de la víctima. Ello es irrefutable para los casos en que el sujeto pasivo es menor de una cierta edad o se encuentra privado de sentido, ya que allí el legislador resuelve de antemano el problema.

4. Se entronca aquí con la noción de bien jurídico protegido en esta clase de delitos. Habida cuenta que la Corte discurre sobre la base de la libertad sexual como objeto de tutela (que inexplicablemente entremezcla con la idea de pudor, que no debe jugar rol alguno a este respecto), conviene formular algunas precisiones. En primer término, debe entenderse por ella una derivación de la libertad individual que permite a las personas realizar actos sexuales, disponiendo de esta forma de sus propias potencialidades sexuales, y también, las faculta para abstenerse de hacerlo, resguardándose su derecho a no verse involucradas en un contexto sexual sin su consentimiento.

En segundo lugar, es prudente agregar que en este ámbito se reconoce que la idea de libertad sexual es insuficiente para cubrir las distintas hipótesis que pueden presentarse, de manera tal que es menester recurrir a nociones complementarias que permitan abarcarlas. En efecto, entre otros, hay casos en que el individuo carece de una real capacidad de discernimiento, por lo que resulta inadecuado reconocerle legalmente una aptitud de la cual carece en realidad.

Es así como se acude a ideas como la de libertad *in fieri*, indemnidad, intangibilidad sexual, etcétera, que surgen principalmente con ocasión de la protección de los menores y de quienes se encuentren privados de sentido, a quienes el ordenamiento jurídico no les reconoce una libertad sexual, y que por diversas consideraciones se opta por dejarlos al margen de la actividad sexual, creándose a su respecto una especie de esfera de protección que impide que interactúen en este ámbito, estableciéndose un verdadero coto vedado. Desde esta óptica, la persona que no se encuentra capacitada para comprender la acción del agente igualmente ve afectada su indemnidad o, en último término, intangibilidad, por dicho actuar. En el fondo, en estos casos se desplaza de manera radical la consideración normativa a un eventual daño hacia la idea de exclusión en que se sitúa a tales individuos.

Luego, si se asume que el bien jurídico en general es la libertad sexual, debe aceptarse que en el caso concreto es alguno de estos complementarios, que traen aparejada la misma consecuencia: imposibilidad de actuación sexual respecto de quienes se encuentren en la situación que amerita la aplicación del bien jurídico complementario.

5. Si, por otra parte, se estimara que el bien jurídico en los delitos de connotación sexual es la indemnidad sexual -entendida como un derecho a no verse involucrado en un contexto sexual en atención al daño que puede sufrir el común de las personas-, la solución a la que se arriba es la misma. Esto porque no se exige un detrimento o menoscabo efectivo en el ofendido, bastando que la conducta sea apta para provocarlo a la generalidad de las personas. Aquí es conveniente precisar que la virtualidad o potencialidad del daño alude al común de las personas sin más, y no al común de ellas que se encuentran en la situación concreta del ofendido: basta con que el conjunto "personas" pueda verse afectado, con independencia de que el subconjunto de las "personas privadas de sentido" (en este caso, en coma) no sufrirán un daño físico, ni síquico ni emocional si son tocadas o frotadas sexualmente. Aflora, por ende, la técnica de incluir a los sujetos dentro de una esfera de protección.

6. En todo caso, si bien por distintas razones se entiende que el bien jurídico protegido en este ámbito es disponible, no se discute seriamente que el titular del mismo debe reunir unas ciertas condiciones mínimas

para llevarlo a cabo. De esta forma, se rechaza la posibilidad de que quienes se encuentran en determinadas situaciones, derivadas de su edad o de cuestiones vinculadas a su siquis, puedan hacerlo, en atención a que se desconoce su capacidad de consentir válidamente.

7. Desde otro plano, es tan claro que una actuación de significación sexual ejecutada sobre una persona privada de sentido lesiona el bien jurídico protegido, que el legislador expresamente contiene reglas referidas a situaciones en que el abuso se identifica con la concurrencia de alguna de las circunstancias o modos comisivos del artículo 361 del Código Penal, dentro de los cuales se regula el de encontrarse la víctima privada de sentido (Nº 2). Ese es, justamente, el caso del artículo 366 inciso primero, cuyo contenido material a este respecto permaneció intacto luego de las modificaciones introducidas por la Ley Nº 19.927.

8. Una cabal comprensión de lo anterior se facilita si se revisa con algo de detención la argumentación de la Corte de Apelaciones de La Serena con ocasión de esta comunicación normativa:

- a. En síntesis, la Corte postula que la referencia hecha por el artículo 366 Nº 1 (actual 366 inciso primero) al 361 Nº 2, ambos del Código Penal, debe entenderse en concordancia con los conceptos de significación sexual y relevancia, de forma tal que sea compatible con una cierta aptitud cognoscitiva de la víctima, en atención a que ella es imprescindible para la materialización de un contexto sexual.
- b. Este criterio es insostenible desde el momento que se acepta que a las personas que se encuentran privadas de sentido se les reconoce protección penal, derivada ya de la idea de libertad sexual en general, que se concretará en un bien jurídico complementario, ya de la de indemnidad sexual, pues exigir que se encuentren lúcidas introduce un elemento incompatible con la naturaleza de éstas.
- c. Además, el razonamiento de la Corte implica agregar un requisito exógeno no sólo discriminatorio, sino que abiertamente contrario al texto de la ley, que no establece limitación alguna en la referencia que se hace a las modalidades del artículo 361 (lo que sí lleva a cabo en otras disposiciones, como por ejemplo en el artículo 366 quáter inciso tercero).
- d. Desde otra perspectiva, genera, además, un trato diferenciado no justificado entre la protección de los menores y la de los privados de sentido. Si bien es efectivo que estos grupos presentan unas ciertas notas distintivas particulares a cada cual, habitualmente son objeto de un tratamiento conjunto o, cuando menos, similar, porque son portadores de unos rasgos comunes que lo justifican. Una argumentación congruente con la sustentada por la Corte llevaría a sostener que las conductas perpetradas con menores de escasa edad tampoco serían aptas para encuadrarse en la idea de “significación sexual”, por lo que serían atípicas, pese al texto expreso de la ley, que debería, también, interpretarse conforme a la capacidad de involucramiento de la víctima tal como la entiende el sentenciador.
- e. Sostener que igualmente se brinda protección a quienes estén privados de sentido, ya que si la conducta ejecutada por el agente corresponde a una de acceso carnal sí se sancionará, es inconsistente, justamente porque importa reconocer, entre otras cosas, que el texto del antiguo artículo 366 Nº 1 y del actual artículo 366 inciso primero es inútil y ocioso en este punto.
- f. Pero, más relevante que aquello, un razonamiento de este tenor repugna toda lógica, pues si se entiende que la capacidad cognoscitiva de la víctima es esencial para que se configure una acción sexual, no queda más que reconocer que es también fundamental que esté presente en los tipos de violación y estupro, pues el acceso carnal es también una acción sexual, lo que se ratifica no sólo recurriendo a la más elemental intuición, sino que, también, al tratamiento legal (artículo 366 inciso primero: “acción sexual distinta del acceso sexual”). Luego, la incriminación de la violación en este supuesto es, indudablemente, un argumento que permite sostener que la falta de conciencia de la víctima no reviste interés a la hora de catalogar una conducta como de significación sexual.

- g.** Como se ve, el discurrir argumentativo del tribunal opera sobre una base errónea, lo que lo lleva a deambular por derroteros totalmente ajenos no sólo a las nociones teóricas que iluminan esta materia, sino que, además, al sentido y alcance natural de las expresiones contenidas en las descripciones típicas del Código. Las consecuencias que a nivel de dogmática penal, regulación positiva y principios constitucionales puede acarrear una postura tal son evidentes.

**9.** Aun a costa de parecer un tanto discontinuado, hay que acotar que la conducta del abuso sexual requiere, también, una cierta entidad mínima, que se manifiesta en la expresa exigencia típica de la “relevancia” contenida en el artículo 366 ter del Código Penal. En atención a las particularidades de la descripción legal, debe entenderse simplemente que se hace referencia a un criterio selectivo fundado en el carácter sexual de la conducta, por lo cual habrá que dilucidar, en el caso concreto, si la actuación de significación sexual tiene la gravedad suficiente como para afectar el bien jurídico protegido. En otras palabras, no cualquier acto generalmente motivado por el impulso sexual será apto de encuadrarse típicamente en la figura de abusos sexuales. A este respecto, es bastante claro que los actos constitutivos de frotaciones de los genitales cumplen con dichos requerimientos.

**10.** A modo de conclusión, las características normativas contenidas en el artículo 366 ter del Código Penal se satisfacen conforme a pautas objetivas, lo que se traduce en que, entre otras cosas, la significación sexual aludida por la norma carece de connotaciones subjetivas que tornen excesivamente imprecisa la figura. Esta visión es coincidente con la noción de bien jurídico protegido en el caso concreto y con la técnica legislativa plasmada en el Código Penal.

## QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA ¿TIPO PENAL AUTÓNOMO O SIMPLE INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA?

**IVÁN FUENZALIDA SUÁREZ**

*Abogado*

*División Estudios, Evaluación, Control  
y Desarrollo de la Gestión.*

• **Sentencia:**

Valdivia, diecisiete de Noviembre de dos mil cuatro.

**VISTOS:**

Con fecha veintinueve de octubre del año dos mil cuatro, se verificó la audiencia ante este Tribunal para conocer del recurso de nulidad interpuesto por doña María Consuelo Oliva, Fiscal Adjunto del Ministerio Público de Valdivia, en contra de la sentencia definitiva pronunciada en procedimiento simplificado, en causa Rol Interno del Tribunal N° 1545-2004, en cuanto absolvió al imputado Hernán Humberto Sandoval Delgado de los hechos contenidos en el requerimiento formulado por la Fiscal del Ministerio Público por el delito de quebrantamiento de condena, previsto y sancionado en el artículo 90 del Código Penal, atribuyéndole calidad de autor y solicitando se le imponga una pena de 10 días de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal. En estrados, la recurrente reiteró los planteamientos que consigna el recurso de fojas 5 de la carpeta, solicitando se declaren nulos la sentencia de 28 de Septiembre de 2004 y el juicio oral, determinando el estado en que debe quedar esta causa. En la misma ocasión, don Alejandro Medina Vásquez, alegando por la defensa del imputado, pidió se declarara inadmisibile el recurso de nulidad por no cumplir con los requisitos del artículo 378 del Código Procesal Penal porque no tiene fundamentos, limitándose a destacar diversa doctrina y jurisprudencia; o que se mantenga el fallo en alzada porque el quebrantamiento de condena sólo amerita el cumplimiento de una sanción administrativa y no constituye delito.

**Y TENIENDO, ADEMÁS, PRESENTE:**

**PRIMERO:** Que doña María Consuelo Oliva por el Ministerio Público de Valdivia, dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada el día veintiocho de septiembre de dos mil cuatro, en causa RIT N° 1545-2004, RUC N° 0400278904-9,

por el Juez del Juzgado de Garantía de Valdivia, don Carlos Isaac Acosta Villegas por estimar que en dicha sentencia se incurrió en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en su decisión al infringir los artículos 1º, 90 N° 1, 50 y 21 del Código Penal, porque habiéndose establecido la efectividad del hecho contenido en el requerimiento, absuelve al imputado por considerar que el quebrantamiento de la condena no constituye delito sino una infracción de índole administrativo, en circunstancia que debió aplicarle la pena correspondiente. Agrega que el recurso es procedente conforme a lo dispuesto por el artículo 373 b) del Código Procesal Penal.

**SEGUNDO:** Que, el recurso de autos cumple con las exigencias del artículo 378, pues el libelo de fojas 5 consigna los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se someten a la decisión de este Tribunal, por lo que es legalmente admisible.

**TERCERO:** Que en la especie se trata del quebrantamiento de condena a que se refiere el artículo 90 del Código Penal, correspondiendo a este Tribunal de alzada determinar si ello constituye un delito, como lo sostiene el Ministerio Público, o de una mera infracción de índole administrativo, como lo sostiene la defensa del imputado y lo acepta la sentencia impugnada.

**CUARTO:** Que, conforme lo dispone el artículo 1º del Código Penal, toda acción u omisión voluntaria penada por la ley es delito; el artículo 90 asigna incomunicación a los sentenciados que quebrantaren su condena; y que la misma disposición y el artículo 21 establecen que dicha sanción es una pena. En consecuencia, teniendo el quebrantamiento de condena asignada una pena de las señaladas por la ley debe concluirse que se trata de un delito y no de una mera infracción administrativa.

**QUINTO:** Que, al no resolver como queda dicho la sentencia impugnada, ha hecho una errónea aplicación del derecho y ello ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues de no ser así habría debido condenar al imputado en lugar de absolverlo.

**SEXTO:** Que la sentencia impugnada no ha calificado de delito un hecho que lo es, por lo que de acuerdo con los artículos 385 y 386 del Código Procesal Penal corresponde anular la sentencia dictada en procedimiento simplificado.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 384 del Código Procesal Penal, se declara que SE HACE LUGAR al recurso de nulidad deducido en el escrito de fojas 5 por doña María Consuelo Oliva, Fiscal Adjunto del Ministerio Público de Valdivia, en contra de la sentencia definitiva de fecha veintiocho de septiembre

de dos mil cuatro, dictada por el Juez de Garantía de Valdivia don Carlos Isaac Acosta Villegas, y que se anula dicha sentencia quedando el procedimiento en estado de procederse a un nuevo juicio, remitiéndose los autos al efecto al Tribunal no inhabilitado correspondiente.

Regístrese y devuélvase.

Dése a conocer a los intervinientes que asistan a la audiencia fijada al efecto, sin perjuicio de la notificación por el estado diario.

Redacción del Abogado Integrante don Héctor Méndez Eyssautier.

Rol N° 220-04.

No firma el Ministro don Juan Ignacio Correa Rosado, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, por encontrarse ausente, en comisión de servicio.

- **Comentario:**

La sentencia precedente que, fallando un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, revoca la sentencia del Juzgado de Garantía de Valdivia estableciendo que el quebrantamiento de condena, previsto en el artículo 90 del Código Penal, es efectivamente un delito de acuerdo con la definición que al respecto entrega el artículo 1° del mismo código, se pronuncia sobre un tema respecto del cual, al contrario de lo que pareciera, no existen criterios doctrinarios uniformes.

Como cuestión previa, digamos que el caso fallado por el Juzgado de Garantía de Valdivia, se originó por la aprehensión de que fue objeto un imputado que, luego de hacer uso de un permiso de salida dominical concedido por el Centro de Detención Preventiva de Valdivia, no retornó al establecimiento, quebrantando, de este modo, la condena de cinco años y un día que se encontraba cumpliendo por los delitos de robo con intimidación, daños y amenazas, quedándole un saldo por cumplir de 1.110 días (tres años y quince días). La aprehensión dio lugar a una audiencia de control de la detención en que el Ministerio Público formuló requerimiento de procedimiento simplificado, solicitando la pena de 10 días de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penitenciario. El imputado reconoció su responsabilidad, lo que provocó la dictación de resolución inmediata, con arreglo al artículo 395 del Código Procesal Penal, en la que el tribunal tuvo por acreditado el hecho contenido en el requerimiento, pero absolvió al imputado, por estimar que el quebrantamiento de condena constituye una infracción de carácter administrativo.

En el caso en cuestión existen numerosos aspectos dignos de análisis y que, en la práctica, han generado complicaciones de orden procesal que han debido ser abordadas por el nuevo sistema no sin pocas dificultades. Algunos ejemplos son la asimilación de la aprehensión del quebrantado a la medida cautelar de detención, a partir de la confusión generada por el tratamiento y ubicación de esta figura dentro de las situaciones de flagrancia del artículo 129 del Código Procesal Penal; la práctica de audiencias de control de detención motivadas por esta aprehensión; la negativa de los Alcaldes de algunos establecimientos penitenciarios de recibir a los imputados quebrantados sin orden judicial reciente, ignorando, de esta manera, la vigencia de la orden de ingreso en calidad de rematado que está siendo vulnerada por el quebrantamiento; la pertinencia del procedimiento simplificado y del artículo 395 del Código Procesal Penal, habida cuenta de la naturaleza del ilícito y sus consecuencias penales. No obstante, el objeto de este comentario se limita a algunas consideraciones sobre la calidad de delito que se atribuye o niega al quebrantamiento de condena en el fallo de la Corte de Apelaciones y el Juzgado de Garantía, respectivamente.

- **El pretendido carácter de falta administrativa.**

El fallo de garantía señala que “... *el quebrantamiento de condena no constituye un delito ni una falta sancionable por la vía penal, sino que constituye una infracción de índole administrativa...*”, afirmación que es controvertida por la Corte de Apelaciones de Valdivia que señala, precisamente, lo contrario.

Si bien el fallo de Garantía no señala cuales son las consideraciones que tiene en vista al formular esta aseveración, puede presumirse que entre sus razones tuvo alguna de las dos circunstancias siguientes <sup>1</sup>:

1° Por estimar que la misma conducta se encuentra sancionada en el ámbito administrativo <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Podría existir una tercera, consistente en considerar que el quebrantamiento de condena es una figura propia del Derecho Penitenciario, el que algunos autores ligan al Derecho Administrativo. Sin embargo, existe un mejor y más abundante desarrollo de esta temática en los autores que sitúan al Derecho Penitenciario dentro de los límites del Derecho Penal. El análisis de esta materia, excede los alcances de este comentario.

<sup>2</sup> El fallo de garantía que finalmente resolvió el caso, luego de haberse acogido el recurso de nulidad, condenó al imputado a 10 días de incomunicación con personas extrañas al establecimiento, sanción que dio por cumplida habida cuenta de que el Alcalde del Centro de Detención Preventiva de Valdivia le había impuesto, con anterioridad, la internación en celda solitaria, por la vía disciplinaria.

Lo cierto es que el artículo 79 letra ñ) del D.S. N° 518, de 1998, de Justicia –que aprueba el texto del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios–, contempla “*El no regresar al establecimiento después de hacer uso de un permiso de salida*” como una falta disciplinaria de carácter grave y le asigna, en el artículo 81 letra k), la sanción de internación en celda solitaria por un máximo de quince días.

Se trata en este caso de una figura enteramente distinta, que sanciona un hecho objetivo consistente en no cumplir la obligación de retornar al establecimiento penitenciario en las condiciones regladas por el beneficio de salida que se hubiere otorgado al condenado, en la que no se considera –por no ser propio del ámbito administrativo– la intención, existente o no, de dejar de cumplir la pena. Es decir, a la autoridad administrativa no le es permitido examinar la concurrencia del dolo específico del quebrantamiento. La facultad de imponer una sanción disciplinaria deviene de su deber de mantener el orden en los establecimientos que administra y hacer cumplir las normas de régimen interno, cuya vulneración importa una falta disciplinaria. Además, la sanción de “*internación en celda solitaria*” no es equivalente, ni con mucho, a la de incomunicación con personas extrañas al establecimiento; esta última puede cumplirse sin necesidad de aislar al condenado de cualquier contacto con otras personas no extrañas al establecimiento, como ocurre con la sanción del Reglamento.

Luego, la falta disciplinaria del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios no se condice con la naturaleza ni circunstancias del ilícito del artículo 90 del Código Penal.

- 2° Por estimar que las sanciones contempladas en el artículo 90 del Código Penal tienen carácter administrativo y no corresponden a aquellas que el Código Penal asigna a los simples delitos ni faltas.

A este respecto, conviene señalar que, de las dos sanciones que el código asigna al quebrantamiento de condena, sólo la “*incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal*” figura en la escala general de penas del artículo 21, pero no como pena de falta, simple delito o crimen, sino como una sanción accesoria de estas dos últimas. La “*sujeción al régimen más estricto del establecimiento*”, en cambio, no aparece dentro de la clasificación.

Esta circunstancia, es digna de ser analizada y, obviamente, debe tener alguna consecuencia práctica, por lo que volveremos sobre este tema más adelante. Sin embargo, no puede discutirse que la incursión en la conducta descrita en el artículo 90 provoca las consecuencias jurídicas que la misma norma contempla; tampoco puede estar sujeto a discusión el hecho que la conducta y sus consecuencias están reguladas en una norma de carácter penal y, por ende, de orden público, por lo que no es lícito al juez eximirse de la obligación de juzgar.

## - Naturaleza jurídica del Quebrantamiento de Condena

Varios autores han considerado que el quebrantamiento de condena es un delito específico. Se inscriben en esta postura, por ejemplo, Cury, que aborda el punto a propósito del análisis de las circunstancias agravantes de reincidencia del Código Penal<sup>3</sup>, Etcheberry<sup>4</sup>, Garrido Montt<sup>5</sup> y Künsmüller<sup>6</sup>, que lo abordan también con ocasión de esa materia.

<sup>3</sup> Enrique Cury Urzúa; Editorial Jurídica de Chile; “Derecho Penal, Parte General, Tomo II”, pag.139

<sup>4</sup> Alfredo Etcheberry; Editorial Jurídica de Chile; “Derecho Penal, Parte General, Tomo II”, pag.31.

<sup>5</sup> Mario Garrido Montt; Editorial Jurídica de Chile; “Derecho Penal, Parte General, Tomo II” pag. 209

<sup>6</sup> Sergio Politoff Lifschitz, Luis Ortiz Quiroga y otros. Editorial Jurídica de Chile; “Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Tomo I”, pags. 422 y 423.

En cambio, Novoa<sup>7</sup> concluye que el *quebrantamiento* no es propiamente un *hecho punible*, entre otras razones, porque considera que las medidas aplicables al condenado que quebranta no son verdaderas penas.

Por su parte, Politoff, Matus y Ramírez se han limitado a indicar que “buena parte de la jurisprudencia parece entender la idea de que dichas “penas” (las del quebrantamiento) no son tales, sino sólo medidas administrativas ...”<sup>8</sup>.

Pues bien, en un trabajo anterior<sup>9</sup>, hicimos algunas reflexiones sobre este particular, que conviene recordar en líneas generales.

En el trabajo aludido, se distinguió la situación de los numerales 4 a 8 del artículo 90 del Código Penal, relativos al quebrantamiento de las penas restrictivas de libertad y privativas o restrictivas de ciertos derechos. Se dijo entonces, que en estos numerales el legislador no hizo otra cosa que establecer penas de reemplazo para la pena quebrantada, dado que la naturaleza de esta última y su manera particular de cumplimiento, impedía adoptar medidas conducentes a su ejecución forzada en caso de ser quebrantadas. En apoyo de esta idea, se señaló que el legislador buscó cierta proporcionalidad entre la cuantía de la pena quebrantada y la que dispuso en su reemplazo. Así, por ejemplo, el condenado a destierro temporal sufrirá reclusión o prisión por la mitad del tiempo que le falte, o el condenado a relegación perpetua, presidio mayor en su grado medio.

Respecto de los numerales 1 y 2, sobre quebrantamiento de penas privativas de libertad, se indicó que el único efecto del artículo 90 consiste en adicionar una sanción accesoria a la pena quebrantada. Desde luego, ni la incomunicación con personas extrañas al establecimiento ni la sujeción al régimen más estricto del mismo podrían ser ejecutadas si no existiera la pena principal, privativa de libertad, que se quebrantó y cuyo saldo se hace más gravoso.

También se hicieron algunas consideraciones acerca de la ubicación de esta figura dentro de la arquitectura del código y de la poca claridad acerca del disvalor conductual que, supuestamente, el legislador quiso plasmar en el tipo.

Se agregó –en relación con el quebrantamiento de penas restrictivas de libertad–, que sostener que la pena establecida en los numerales 4 a 8 es una sanción que se asigna al quebrantamiento como un delito independiente, equivale a sustentar que en estos casos el Estado ha resuelto renunciar al ejercicio efectivo de su potestad punitiva respecto del delito que motivó la condena quebrantada, el que quedaría sin sanción únicamente porque el condenado se negó a cumplir la pena inicialmente impuesta.

Todas estas consideraciones apuntaban a apoyar la tesis de que el artículo 90 no consagra la figura penal del quebrantamiento como un nuevo delito y que, por ello, no existe conflicto normativo entre esta figura y la agravante del N° 14 del artículo 12 que impida la aplicación de esta última, de acuerdo con las prescripciones que, a su turno, contiene el artículo 63.

Ahora, podemos sumar una reflexión adicional, enfocados en el quebrantamiento de las penas privativas de libertad: si debemos concluir que el quebrantamiento de estas penas es un tipo penal específico, bien cabe preguntarse a cuál de los que el Código Penal clasifica corresponde. ¿Es una falta, un simple delito o un crimen?

<sup>7</sup> Eduardo Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal Chileno, pag. 91

<sup>8</sup> Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., María Cecilia Ramírez; Editorial Jurídica de Chile; “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, Parte General, pags. 516 y 517.

<sup>9</sup> Iván Fuenzalida Suárez; “La agravante del N° 14 del artículo 12 el Código Penal, Su conflicto Aparente con los Artículos 90 y 91”, Boletín del Ministerio Público, N° 15, julio de 2003, pg. 102 y siguientes.

De la respuesta a esta pregunta dependen ciertas consecuencias prácticas relativas a su persecución, por ejemplo, la determinación del plazo en que es válido perseguir la responsabilidad penal del quebrantado. Dicho de otra forma, ¿cuál es el plazo de prescripción de la acción penal que concede el quebrantamiento de condena?

Cualquiera sea la respuesta a estas preguntas, en la práctica pueden producirse situaciones de conflicto. Por ejemplo, asumamos que se trata de un simple delito, que, por ende, su acción penal prescribe en el plazo de cinco años, que enfrentamos el quebrantamiento de una pena de crimen cuyo saldo insoluto es de seis años y que el condenado es habido y puesto a disposición de la justicia pasados cinco años desde el quebrantamiento. En estas circunstancias, la pena no ha prescrito por lo que deberá instarse por el cumplimiento efectivo del saldo de seis años, mientras que la acción penal emanada del quebrantamiento sí habrá prescrito y su persecución resultará improcedente, por lo que la sanción accesoria de *“incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal”* no podrá aplicarse. Esta situación parece contener cierta lógica, pero no se sustenta en ninguna disposición del código y no sabemos si el legislador pretendió establecer plazos de prescripción independientes entre esta sanción accesoria y la pena quebrantada.

- **El quebrantamiento es un ilícito penal *sui generis*, carente de autonomía, que provoca consecuencias jurídicas.**

En el entendido que el quebrantamiento de una pena privativa de libertad tiene como único efecto el hacer más gravosa la pena quebrantada por un tiempo limitado y que, por su parte, el quebrantamiento de penas no privativas de libertad, sólo provoca la sustitución de la sanción del delito que motivó la condena primitiva –además de todas las demás consideraciones que pueden examinarse sobre el particular–, la conclusión es que esta figura no es un tipo penal autónomo, sino un ilícito penal de características particulares, cuya persecución depende de la exigibilidad de cumplimiento de una pena impuesta con anterioridad y que genera las consecuencias jurídicas establecidas en el artículo 90.

Por su parte, el carácter accesorio de la pena de *“incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal”* hace que su aplicación tenga sentido sólo si subsiste la pena principal quebrantada, a la que accede y con la que prescribe conjuntamente.

De este modo, tratándose de un ilícito penal cuyas consecuencias jurídicas están previstas en la ley penal sustantiva y, en consecuencia, son de orden público y constituyen un mandato incuestionable, **no le es lícito al juez eximirse de su obligación constitucional y legal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, mientras subsista la acción para perseguir el cumplimiento de la pena quebrantada.**





# III Artículos



**INFORME EN DERECHO:  
DE LA VALIDEZ DE LA PRUEBA DE TESTIGOS  
QUE NO HAN DECLARADO DURANTE LA INVESTIGACIÓN**

**RAÚL TAVOLARI OLIVEROS**  
*Profesor Derecho Procesal*  
*Universidad de Chile*  
*Universidad de Valparaíso*

Distinguido señor Fiscal Nacional:

Un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso <sup>10</sup>, ha dado lugar a un recurso de nulidad – fundado en la causal prevista en la letra c) del artículo 374 del Código Procesal Penal – enderezado por la defensa, en contra de la sentencia de un Tribunal de Juicio Oral que había dictado sentencia condenatoria, sobre la base de prueba en la que figuraba el testimonio de dos funcionarios de Carabineros de Chile y de las dos víctimas, todos los cuales no habían prestado declaración ante el Ministerio Público, durante la investigación. Se testimonia, adicionalmente, que la renuencia de las víctimas se habría debido al temor a represalias por parte de los imputados.

Deja constancia el fallo, que la defensa sostuvo que la prueba testimonial ofrecida y rendida por el Ministerio Público ante el Tribunal de Juicio Oral, habría constituido una prueba “ilegal”, desde que la falta de declaración ante tal Ministerio *“habría privado a la defensa de la posibilidad de efectuarles un contraexamen a sus dichos, negándose con ello a los imputados el derecho fundamental de contar con una adecuada defensa técnica”*.

En abono a su decisión, la Corte añade que los artículos 180 y 181 del Código Procesal Penal imponen al Fiscal que, al tomar conocimiento de la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito de acción pública proceder a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento de los hechos y averiguación de los mismos, debiendo consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho, a la identificación de los partícipes en el mismo, a la identificación de los testigos y a la consignación de sus declaraciones...

Recuerda la Corte, que el artículo 227 N° 1 del mismo Código exige el registro de las actuaciones y el acceso a dicho registro, de todos los que tienen derecho a exigirlo y coincide con la defensa en que se produjo una desventaja en su perjuicio, al no tener conocimiento de lo que declararon estas personas, por lo que no estuvo en condiciones de preparar una adecuada defensa técnica mediante contrainterrogaciones tendientes a corroborar sus argumentos y, en tal sentido, se habría privado a los imputados del derecho fundamental a tener un juicio justo. Y, tras consignar que, *“la circunstancia que la Defensa haya presentado como testigos de su parte **A LAS MISMAS PERSONAS QUE PRESENTÓ LA FISCALÍA en nada altera la situación de menoscabo del recurrente”***, ella da lugar a la nulidad, ordenando se verifique un nuevo juicio.

En relación a este fallo, ha tenido Ud., la gentileza de solicitar mi opinión, en Derecho, adjuntándome, a más del texto íntegro de la sentencia, copia del acta de la audiencia de preparación del juicio oral, verificada el día 11 de agosto del año en curso.

---

<sup>10</sup> Sentencia de 23 de noviembre de 2004, dictada en los autos rol 761-2004, robo con intimidación.

Al efecto, me permito comenzar exponiendo que el fallo descrito me merece los severos reproches que sintetizo a continuación.

### **Características, sentido y finalidad de la investigación del Ministerio Público.**

(Las preguntas cruciales de la investigación penal)

La breve vigencia que el nuevo régimen procesal penal ha tenido entre nosotros, no nos permite todavía, a todos los operadores, jueces y abogados, principalmente, separarnos tajantemente de nuestro natural acervo procesal penal tradicional: no puede censurarse que, enfrentados a disyuntivas procedimentales penales actuales, aunque invoquemos la normativa positiva vigente, las resolvamos con los criterios, filosofías y concepciones que nos fueron proporcionados durante nuestra respectiva propia formación jurídica previa y los que adquirimos durante la experiencia profesional posterior.

Tengo la impresión que la sentencia que analizo es demostración cabal de este fenómeno: resolver la cuestión que sirvió de fundamento al recurso sometido a la Corte, requería una muy cabal percepción del sentido de la investigación que se encomienda al Ministerio Público, del rol que a los intervinientes se asigna durante ese período, de la forma en que se reflejan, en las disposiciones positivas, los principios de este novel enjuiciamiento criminal, del modo cómo están distribuidas las competencias de los tribunales que imparten la justicia penal y de los fines y valores a que apunta la nueva justicia penal.

La Corte no aprobó el examen, podría ser la primera reflexión a formular, en vista de lo resuelto y corresponde demostrarlo.

No será inoficioso seguir insistiendo en algunas cuestiones básicas que deben iluminar el análisis: a virtud de la reforma constitucional que introdujo al Ministerio Público en la Carta Política nacional, el Estado chileno, creó, en los hechos, una nueva función pública estatal constitucional, la **función persecutora penal**, antes confundida con la jurisdiccional. Con este fin, se generó no sólo un órgano constitucionalmente autónomo, sino se delimitó un marco jurídico diferente para que él desempeñara este rol que se le asignaba.

Es efectivo que ni el constituyente ni el legislador nacional pudieron, a su turno, apartarse absolutamente de la realidad jurídico-positiva que conocían y ambos, en ocasiones, sucumbieron al peso de esa tradición cultural, cuestión perfectamente comprensible y con la que, de momento, se debe operar, a la espera que el decantar de los acontecimientos y el transcurso del tiempo, permitan profundizar, sin ambages, en los institutos que resultaron imperfectamente delineados.

Lo cierto es que, en tanto el artículo 80A de la Constitución, entrega al Ministerio Público, de manera exclusiva – monopólica – la dirección de la investigación de “los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado”, el artículo 19 N° 3 inciso 5° encomienda al legislador establecer siempre “las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> La idea de modificar este artículo, a los efectos de agregar la palabra “investigación”, denota el desconocimiento que tenía el Constituyente de lo que se venía: nadie puede ser contrario a que la actividad investigadora se ajuste a parámetros de respeto a los derechos de las personas, pero la inclusión de las características que ella debe presentar, junto a las que se demandan del procedimiento, demuestra que el constituyente, en el fondo, estaba pensando que el papel de los fiscales sería semejante al del juez del crimen tradicional.

Estos mandatos constitucionales se traducen no sólo en la normativa procedimental que recoge el Código Procesal Penal sino, entre otras, además, en las normas de la ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, cuyo artículo 3°, establece que en el ejercicio de sus funciones, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar, con igual celo, no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o atenúen.<sup>12</sup>

Pues bien tanto la Carta como la Ley son cuidadosas y reiterativas en destacar la independencia del órgano estatal de persecución, de allí que, en la Constitución, se establezca que se trata de un órgano “autónomo” y que se enfatice la idea agregándose en el artículo 80B, inciso 2°, que “...una ley orgánica constitucional establecerá el grado de independencia y autonomía...que tendrán los fiscales en la dirección de la investigación...”

La Ley, por su cuenta, repetirá esta idea en el inciso 2° de su propio artículo 2°, configurando así un estatuto normativo en el que, junto con imponerse al órgano, el ejercicio privativo de esta nueva función estatal, se le demarcan limitaciones y se le imponen exigencias: éste constituye un punto crucial para dilucidar la cuestión controvertida. Se trata, una vez más, de la autonomía del Ministerio Público, en especial frente al Poder Judicial y el modo como los fiscales, ejerciéndola, han de respetar los derechos de las personas y, en particular, su dignidad, como lo recuerda el artículo 5° inciso 2° de la Ley Fundamental,<sup>13</sup> todo ello, a través de su propia actividad que debe ser, al propio tiempo, “justa” y “racional”.

A la hora de preguntarnos, ¿cómo se investiga?, habremos de responder que el Ministerio Público investiga con autonomía, pero con sujeción a la Ley, lo que descarta el proceder caprichoso y arbitrario, empleando criterios de objetividad que permitan indagar no sólo hacia la determinación de las responsabilidades sino también hacia el establecimiento de la inocencia de las personas en relación a los hechos indagados.

Al Estado, empero, no le bastará investigar los hechos que constituyen los delitos: su función de conservador de la paz social y garantizador de la convivencia armoniosa entre los habitantes, exige la sanción penal para los hechos tipificados como delito y es acá donde se genera una de las principales diferencias de cara al viejo régimen: en tanto en éste, la investigación del órgano jurisdiccional perseguía formar su convicción a través de un creciente suministro de información que, correlativamente, incrementaba su persuasión<sup>14</sup> hasta culminar en la necesaria para emitir sentencia, en el nuevo, la actividad investigadora estatal, sin perjuicio de constituir soporte fundante de medidas cautelares personales o reales, apunta a formar la convicción acusadora del Ministerio Público.

La síntesis es que **NO SE INVESTIGA PARA SENTENCIAR: ¡se investiga para saber si corresponde acusar!** Lo que representa la contestación a la pregunta en torno a la finalidad de la investigación.

<sup>12</sup> La disposición reconoce origen directo en el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal, que establecía que el juez debe investigar con igual celo, no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agraven la responsabilidad de los inculcados, sino también los que les eximan de ella, o la extingan o atenúen.

<sup>13</sup> Es en relación a este aspecto, en el que cabe asignar al Poder Judicial toda su reconocida trascendencia constitucional: la tarea que el nuevo sistema confía a los jueces, es la de retomar su rol histórica y políticamente tradicional de proteger los derechos de las personas frente a las demasías estatales.

<sup>14</sup> Recuérdese el gráfico proceso de incremento de convicción que permitía decretar, primero el arraigo, luego la detención y, más tarde la prisión, para conducir a la acusación de cara a la sentencia.

Pues bien, como se anticipara, la actividad investigadora del Ministerio Público – si bien informal,<sup>15</sup> en cuanto a que no está sujeta a exigencias procedimentales mayores, ni tiene, en general, plazos y trámites rigurosos que atender – como lo he sostenido reiteradamente,<sup>16</sup> se caracteriza por observar los lineamientos gruesos del régimen procedimental penal, esto es, el preferente resguardo de los derechos del imputado y la no menos prioritaria atención a los derechos de la víctima: así, en cuidado del respeto de los derechos sustantivos del imputado, la Constitución y la ley imponen la previa autorización judicial para la práctica de actuaciones que perturben o amenacen garantías constitucionales; el Código Procesal Penal, a su turno, consagra un régimen de intervenciones de la víctima y de la defensa que no sólo limitan – razonablemente – la actividad persecutora sino confieren, a ambos, roles propositivos importantes<sup>17</sup>.

La propia Corte de Apelaciones de Valparaíso, fallando en forma que comparo, recientemente, el 29 de noviembre pasado, en forma completamente opuesta a la manera como se hizo en la sentencia que motiva este informe, fundamentando su decisión, sostuvo, entre sus motivaciones que:

*“SEGUNDO: Que, como lo sostiene la Fiscalía, la interpretación que se ha dado en la sentencia recurrida al artículo 181 del Código Procesal Penal, [que es la que propuso en la causa que se informa la defensa y el fallo acogió] importa desconocer la esencia del nuevo procedimiento penal, en que la fase investigativa es informal y todos los antecedentes que allí pudieren haberse recopilado no tienen valor alguno y la prueba contradictoria es precisamente la que se produce en el Juicio Oral. **La pretensión anterior, importa transformar la investigación, que por su esencia es informal, en un verdadero proceso escrito**, ya que al interpretar el artículo en dicha forma, se estaría otorgando a los antecedentes acumulados por el Sr. Fiscal un valor que los mismos no tienen, puesto que éste carece de competencia jurisdiccional y en nada ello altera el principio de igualdad, puesto que la única forma de valorar la prueba testimonial es precisamente en el Juicio Oral, sin que tenga mayor trascendencia aquello que hubiese dicho al Fiscal; tanto es así, que se está discutiendo una iniciativa tendiente a darle valor a lo declarado, para configurar un presunto falso testimonio, lo que ha sido unánimemente criticado, ya que ello importa desfigurar absolutamente el sistema procesal penal.*

*TERCERO: Que, en otro orden de ideas y como se sostiene en el recurso, el principio de libertad probatoria no es otro que el establecido en el artículo 295 del Código Procesal Penal, que establece la libertad de prueba, diciendo que los medios serán aquellos incorporados en forma legal y tratándose de un juicio oral, todas, las pruebas sólo tienen valor en la medida en que se producen directamente ante el Tribunal, según se preceptúa en el artículo 309 del texto en comento y es la única oportunidad en que ello tiene la posibilidad de hacerse. Por otra parte, el artículo 298 del Código del ramo, es claro al señalar que los testigos deben comparecer a declarar, lo cual importa que la única declaración válida es la que se presenta en dicha oportunidad. Además, **el artículo 259 del Código Procesal Penal, sobre la pre-***

<sup>15</sup> A propósito de la “informalidad de la investigación” viene bien recordar que el mensaje afirma que “...la actividad del fiscal durante la instrucción se caracteriza por su informalidad, se lo faculta para desarrollar las diligencias que resulten técnicamente apropiadas para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades, debiendo llevar **un registro sencillo de sus actuaciones.**”

<sup>16</sup> Cfr al efecto mi “Una experiencia apasionante: la reforma procesal penal chilena” en el Volumen de Ponencias de las IX Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal. págs 345 y sgts.

<sup>17</sup> En esta línea se inscriben las normas de los arts 93 letra c), derecho del imputado a solicitar diligencias que desvirtúen las imputaciones, 113 letra e) derecho del querellante a solicitar práctica de actuaciones probatorias; 167 inc.final, derecho de la víctima a solicitar la reapertura en caso de archivo provisional; 169, derecho de la víctima a exigir investigación mediante interposición de querrela si se hubiere decretado archivo provisional o expresado por el M.P. decisión de no investigar; 170 i nc 3° in fine, derecho de la víctima a oponerse, sin expresión de causa al ejercicio de la oportunidad; y, particularmente, los arts. 183 y 257 que, respectivamente, autorizan a los intervinientes para proponer diligencias probatorias y para solicitar del juez que ordene la práctica de aquellas preteridas durante la investigación.

***paración del Juicio Oral, en su inciso segundo, dispone que para el evento que el Fiscal quisiere rendir prueba testifical, deberá presentar una lista con la individualización de los testigos y en parte alguna la ley ha establecido que éstos previamente deban haber prestado declaración escrita ante el Sr. Fiscal, ya que por la forma y facultades de que éste dispone, perfectamente puede haberse enterado de la importancia de estos testigos en una simple conversación informal...<sup>18</sup>***

En la filosofía acusatoria del sistema procesal penal, empero, se han abandonado ciertas modalidades paternalistas que, paradójicamente, presentaba del viejo régimen inquisitorio y se han generado, en cambio, institutos procedimentales rigurosos y exigentes, como se comprueba reparando en las normas que consagran el abandono de la defensa (arts. 269 y 286 inc.2°), el abandono de la acción civil ( art. 64) las gravosas consecuencias para la falta de oportuna corrección de vicios formales de la acusación (art. 270 inc.3°), los requisitos formales severos de los recursos penales (arts. 367 y 378), el reducido plazo para la apelación (art. 366) y en la imposibilidad del Tribunal de decretar medidas para mejor resolver, usualmente encaminadas, en el procedimiento anterior, a subsanar las deficiencias de las defensas.

En los hechos, lo que ocurre es que se ha desplazado, como todos sabemos, el papel del tribunal, de importante protagonista, a tercero – imparcial, neutral e independiente – que arbitra las controversias que se suscitan: esta modalidad importa que la actividad de cada interviniente es crucial para la defensa de sus propios derechos o, a la inversa, que las deficiencias de la actividad procesal de cada cual, conlleva, casi con certeza, consecuencias desfavorables irreparables en el desenlace del proceso penal.

Es hora de reconocer esta relevante característica del sistema, para poner fin a tanta opinión vertida, desde el desconocimiento de las instituciones, y que, bajo el lugar común del exceso de derecho a favor de los imputados, encierra autoritarias nostalgias inquisidoras.

Bajo el esquema del conjunto de cuerpos legales que, convencionalmente, hemos denominado en el país “la Reforma Procesal Penal”, el que, como víctima o como imputado, no ejerce sus derechos o los ejerce torpe o negligentemente, sufrirá, casi sin excepciones, consecuencias jurídicas adversas.

### **Un procedimiento y una investigación justos y racionales.**

Nuestro nuevo procedimiento penal, tomando como principales modelos al Código de Proceso Penal Modelo para Iberoamérica y – por su intermedio – a la Ordenanza Procesal Penal (St.O.P) alemana, consagra las tres conocidas etapas:

- a) La instrucción o investigación
- b) El procedimiento intermedio
- c) El juicio oral

Durante la investigación, reiteradamente definida como la actividad encaminada a determinar si corresponde o no acusar, el Ministerio Público se ha de conducir conforme a principios de legalidad y objetividad, velando porque, a través de una eficiente administración de los recursos de la persecución penal pública, se determine la existencia del hecho incriminado y la participación de sus responsables, lo que, al propio tiempo, importa la desestimación de las imputaciones equivocadamente deducidas en contra de quienes son inocentes de los hechos.

<sup>18</sup> Cfr Corte de Apelaciones de Valparaíso rol N° 728/04. 29.Nov.2004.redacción Ministro Gonzalo Morales.

En este proceder, cada cual, como también se apuntara, debe ejercer, oportuna y adecuadamente sus derechos y que, en el caso del imputado, son, básicamente, los de ser objeto de una investigación que satisfaga los estándares de “justa y racional”; en la que, efectivamente se le permita realizar, “en plena igualdad”, como exigen los Pactos y Tratados Internacionales ratificados por el país y que se encuentran vigentes, las conductas y ejercer las facultades que el Ordenamiento determina y que, en evento de infracción o desconocimiento, se le reconozca el ejercicio de recursos y medios de impugnación adecuados.

### **Los fundamentos de la nulidad acogida.**

Se ha reprochado, en el caso materia de este Informe, que se haya valorado en el juicio oral, la declaración de testigos y de víctimas que no declararon en la investigación, a pretexto de que tal omisión impidió a la defensa ejercer cabalmente sus derechos, afirmándose que la prueba rendida sería “ilegal” y que, con ella, se *habría privado a la defensa de la posibilidad de efectuarles un contraexamen a sus dichos, negándose con ello a los imputados el derecho fundamental de contar con una adecuada defensa técnica*”.

Estos cargos imponen efectuar una clara distinción de etapas procedimentales, para distinguir entre la investigación, la etapa intermedia y el juicio oral.

### **La investigación.**

Puesto que es efectivo que el artículo 181 del Código Procesal Penal – en la idea de velar por la eficacia de la actividad persecutora – establece que el fiscal deberá “identificar a los testigos del hecho investigado y consignar sus declaraciones” pero, con prescindencia de que la exigencia mira a asegurar, como se anotara, el éxito de la incriminación, en la idea de que la decisión de acusar descansa en fundamentos sólidos,<sup>19</sup> por lo que deslinda en lo esencialmente contradictorio, el que la defensa esgrima la modalidad en su favor, si se entiende infringido el deber funcionario y se estima que se ha omitido una “diligencia útil y pertinente para el esclarecimiento de los hechos”, aparece, de inmediato a disposición de los intervinientes, el artículo 183 del Código, que no sólo reconoce al interviniente, el derecho de impetrar la práctica de la diligencia, sino consagra una posibilidad concreta de impugnación de la negativa fiscal, mediante el reclamo, por escrito, ante el Fiscal Regional, quien resuelve la cuestión, en el lapso de cinco días.<sup>20</sup>

El problema es que el Código, fiel a su filosofía de exigir el cabal y oportuno ejercicio de los derechos de cada cual, si bien permite a los intervinientes, cerrada la investigación, reiterar la solicitud de diligencias precisas de la investigación, limita tal derecho, exclusivamente a las “...(diligencias) que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado...”

De lo anterior, se desprende que ante la omisión de diligencias necesarias y útiles por parte del fiscal, el defensor que estime menoscabados sus derechos, tiene vías concretas de

<sup>19</sup> En el Mensaje con que el Ejecutivo remitió al Parlamento el Proyecto de nuevo Código Procesal Penal, se lee que “...el sistema propuesto, concibe a la instrucción como una etapa de preparación del juicio, en que una de las partes, el fiscal, con el auxilio de la policía y otros organismos especializados, debe investigar el hecho denunciado y recolectar los medios de prueba que, en el momento oportuno, utilizará para respaldar su acusación frente al tribunal que debe dictar el fallo...”

<sup>20</sup> El art 33 de la Ley 19.640, dispone: “Las reclamaciones que los intervinientes en un procedimiento formulen en contra de un fiscal adjunto de conformidad a la ley procesal penal, deberán ser presentadas por escrito al Fiscal Regional, quien deberá resolverlas, también por escrito, dentro de cinco días hábiles.”

impugnación. En primer término, la impugnación administrativa ante las autoridades del Ministerio Público y, en segundo lugar, si éstas han respaldado la negativa del fiscal, cerrada la investigación, queda expedita la vía para obtener del juez de garantía la orden de que la actuación se verifique, todo ello, claro está a **condición de haber sido el defensor diligente en el ejercicio de sus facultades y derechos**, porque si la diligencia cuya práctica se solicita al juez, no se pidió en su momento al fiscal o si, habiéndose solicitado y ordenado, no se verificó por negligencia o hecho imputable al interviniente, el juez no la decretará...<sup>21</sup>

### **Las posibilidades de la defensa en la investigación: un tema de consecuencia jurídica y conceptual.**

Entre las cuestiones que la cultura jurídica nacional ha discutido con motivo de la aplicación del nuevo sistema penal, está el de las posibilidades o derechos que tiene la Defensa para investigar, por su cuenta, los hechos materia del debate penal. La Defensa Penal Pública ha tomado decidido partido por la opción de entender presente, la existencia de un derecho del defensor a investigar los hechos imputados a su representado, alternativa de opinión a la que me he sumado, reconociendo no sólo que **“...es posible sino imperativo al defensor, que empeñosamente cumple con su cometido, el investigar por su cuenta los hechos (para que) los resultados que así se obtengan, (justifiquen) la proposición al Ministerio Público de diligencias probatorias...”** pero dejando en claro que **“...no existe circunstancia alguna bajo la cual se pueda afirmar que alguna persona o institución, pública o privada, pueda reemplazar al Ministerio Público en la tarea investigadora oficial...”**<sup>22</sup>

Con respaldo en tal debate, me parecería inaceptable que un defensor, que no encuentra entre los registros de la investigación, los dichos de los funcionarios policiales aprehensores, no se hubiere preocupado de requerir de ellos, toda la información pertinente: tal omisión sería gravemente negligente y denotaría una inaceptable falta de atención en la conducción del caso.

Adicionalmente, me resulta extremadamente inconsecuente el reprochar al Ministerio Público la falta de constancia de una actividad cuyos resultados informativos se pudieron – y debieron – obtener directamente por la propia defensa: una global postura de consecuencia conceptual, impide formular el reproche al interviniente que sustenta la pretensión contraria, en especial, si la censura consiste en imputar inactividad en aquello que se pudo y debió realizar personalmente.

La inconsecuencia jurídica, en cambio, descansa en que el régimen de la nulidad procesal, en el que, al final se inserta también y obviamente, el recurso de nulidad, exige como requisito esencial de procedencia de la declaración invalidante, la circunstancia que el vicio no será obra del sujeto que reclama o, en palabras de nuestro Código, ( artículo 162) que él no hubiere concurrido a causarlo, lo que constituye aplicación del ya viejísimo brocardo que señala que *nemo auditur propriam turpetudino allegans*, porque la propia torpeza no puede reportar dividendos.

<sup>21</sup> Se reafirma la modalidad que he anotado: el Código es extremadamente exigente y, sin paternalismo alguno, sanciona el descuido o negligencia sea del defensor, del fiscal o de la víctima.

<sup>22</sup> Cfr mi “De las Posibilidades de Investigar que tiene la Defensa en el Nuevo Sistema Procesal Penal chileno” publicado en “Informes en Derecho” (Doctrina procesal penal 2001-2003). Centro de Documentación Defensoría Penal Pública N° 1 Diciembre 2003. pág. 115

### **De la prueba recogida durante la investigación**

En el Derecho Comparado se reconoce y regula la institución procesal llamada "Discovery", literalmente, "descubrimiento", a través de la cual, se garantiza que las partes y, principalmente, el acusado, no serán objeto de sorpresas probatorias, pero lo que, en mi opinión es más importante - dada la evidente mejor posibilidad que tiene el sistema público de recolectar prueba - , por esta vía se permite que tal acusado acceda a prueba que le puede ser favorable o que, a lo menos, esté enterado del objeto sobre el que versa la prueba.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, país donde el instituto se ha desarrollado con mayor intensidad, se destacan como "leading cases", los fallos dictados en los casos "United Status con Agurs"<sup>23</sup> y, principalmente "Brady con Maryland"<sup>24</sup> en el que la Corte declaró que "...la eliminación por el fiscal de **prueba favorable al acusado** que le hubiere sido requerida, vulnera "el debido proceso"..."

En el caso "Agurs", la Corte sostiene que "...si **la alegación de inocencia resulta tan justificada con la prueba de que se trata el fiscal tiene el deber de proporcionarla a la defensa** que la solicitó, idéntico deber debe existir si no ha habido solicitud de la defensa..." por lo que se ha podido afirmar que " así, la Corte sostiene que existe un deber constitucional de proporcionar la prueba que es aparentemente suficiente para ser exculpatoria" agregándose que, según dicho Tribunal, " no existe diferencia significativa entre casos en los que ha habido simplemente una solicitud genérica de [pruebas] exculpatoria con casos en los que, como acontece en el presente, no ha habido solicitud alguna..."<sup>25</sup>

Me parece, empero, que una de las cuestiones más relevantes de las que ofrece el "discovery" dice relación con la calidad y/o naturaleza de la información: exponiendo por esta línea de pensamiento, se ha sostenido que "...la cláusula de debido proceso, impone al Estado un deber limitado de proporcionar a la Defensa toda otra información material para su caso. Específicamente, este deber es vulnerado si el fiscal, deliberadamente o de otra forma, falla en revelar información "exculpatoria", en el sentido que de haber sido revelada tal información al defensor, existe una razonable posibilidad de que el resultado del enjuiciamiento hubiere sido diferente..."<sup>26</sup>

Esta característica de la prueba debe ser considerada con especial atención: se explica ella, en el sentido final y utilitario de la estructura procedimental, que no apunta, como piensan algunos, a la satisfacción de simples pruritos formales o rituales, sino se dirige a un sentido de utilidad y eficacia procesales: de allí que la falta de comunicación de una prueba intrascendente, no tenga consecuencias jurídicas de ninguna especie o, que, a la inversa, es primordialmente **la falta de comunicación de la prueba que ayuda a exculpar, la que motiva el reproche y la sanción.**

<sup>23</sup> Cfr 427 U.S 97, 96 SCt.2392,49 L Ed.2d 342 ( 1976)

<sup>24</sup> 373 US 83, 83 S.Ct.1194,10 L.Ed.2d 215( 1963)

<sup>25</sup> Cfr: J Dressler G.C.Thomas III "Criminal Procedure: Principles, Policies and Perspectives" second edition 2003.St Paul MN. 2003. pág 846 C

<sup>26</sup> Cfr: Charles H Whitebrad Christopher Slobogin "Criminal Procedure: An Analysis of Cases and Concepts" .Fourth edit. New York.Foundation Press. 2000. pág. 643

### **¿Opera el sistema de “discovery” en el proceso penal chileno?**

Me parece que las finalidades probatorias asignadas al “discovery” son, principalmente, dos: a) evitar la producción de prueba sorpresiva, para la cual el contendor no esté preparado, y b) colaborar con la defensa por vía de darle a conocer pruebas que pueda utilizar en su favor.

Bajo el régimen del Código Procesal Penal nacional, se asegura a los intervinientes un acceso ilimitado y permanente a los registros de la investigación que maneja el fiscal y/o la policía,<sup>27</sup> sin más excepción que las muy menudas que se desprenden del artículo 182, por lo que los elementos que puedan favorecer al caso propio, están permanentemente a disposición.

La idea de evitar la sorpresa probatoria, por su parte, se cautela a través del debate sobre procedencia de la prueba que se verificará en la audiencia de preparación del juicio oral, conclusión que se reafirma con la exigencia impuesta al escrito de acusación, por el penúltimo inciso del artículo 259 del Código, con arreglo a la cual, junto a la individualización de los testigos, habrán de precisarse “los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones”. De este modo, no sólo se conoce, anticipadamente, la identidad y calidades de tales testigos, sino además, las materias a que se referirán sus declaraciones, cuestiones todas que, además de constituir potenciales motivos de oposición a la declaración, en los términos del artículo 272, representan valiosas pautas para preparar el contraexamen de rigor.

Desde estos ángulos, entonces, si lo que se busca con el instituto es ayudar al imputado a acreditar su caso, en el proceso materia de este Informe, la finalidad se logró en plenitud, toda vez que las cuatro personas de que se trata, se incluyeron como testigos propios por dicho imputado; si lo más importante es conocer anticipadamente sus declaraciones, con la precisión del artículo 259 inc. penúltimo, se habrá dado al defensor noticia exacta del objeto sobre el que versarán los dichos.

### **Don't go fishing...**

La nulidad procesal es un instituto que descansa, en mi opinión, básicamente, en dos o tres ideas matrices o imprescindibles: **la primera**, es que no hay nulidad sin perjuicio, lo que es consecuencia del carácter teleológico de las formas procesales, orientadas siempre hacia un resultado final; **la segunda**, es que la nulidad sólo está a disposición del litigante que no la causa o, por decirlo mejor, que no ampara ni beneficia al litigante descuidado o torpe en la defensa de sus derechos y, **la tercera**, es que la nulidad admite siempre la convalidación, que no viene constituyendo sino consecuencia del principio de la trascendencia o perjuicio, porque se entiende que el que acepta el acto, o no ha sufrido perjuicio o el experimentado no le es tan gravoso como para impetrar la nulidad.

<sup>27</sup> Véase, al efecto, y en relación al imputado, la letra e) del artículo 9 del Código Procesal Penal.

Una regla de litigación básica, es que el abogado debe saber, de antemano, y hasta donde sea posible, la información que los testigos – propios y ajenos – proporcionarán al juicio <sup>28</sup> de allí que sólo en situaciones de extrema excepcionalidad y en las que sea prácticamente imposible o, definitivamente, inconveniente el acceso a las personas – circunstancias que, por esencia, nunca concurren respecto de funcionarios policiales – se puede excusar al defensor que presenta testigos al juicio o los contrainterroga, sin saber la información de que disponen: <sup>29</sup> bajo estas premisas, no parece admisible pensar que el defensor ignoraba lo que los policías declararían en el juicio y, si en definitiva no lo supo, tal desconocimiento, que le es imputable, no puede servir de fundamento a una anulación de la actividad probatoria. <sup>30</sup>

### **La etapa intermedia**

El procedimiento a través del cual se unen la investigación con el acto principal del enjuiciamiento – el juicio oral – encuentra, entre nosotros, su máxima aplicación en la audiencia de preparación del juicio oral. De entre las diversas cuestiones vinculadas con la prueba que en ella se proponen y que, en nuestros desarrollos académicos, hemos encausado bajo la expresión “finalidades de probatorias” de esta audiencia debe destacarse, en lo que interesa a los efectos de este Informe, en **ella, se produce el debate acerca de la prueba que habrá de rendirse en el juicio oral**, razón por la cual, es que, precisamente, entre las disposiciones legales que regulan esta audiencia, el legislador procesal penal nacional ha establecido, por vez primera, un conjunto de disposiciones referidas al tema de la exclusión de pruebas (artículo 276 C. Procesal Penal).

Este procedimiento intermedio tiene, entre muchísimas otras peculiaridades que al intérprete nacional no son habituales, la circunstancia de concebir un régimen de asignación de competencias judiciales, en el que un tribunal de idéntica jerarquía a otro, resuelve las materias concretas que, dentro del espectro global de competencia asignada por la ley, habrá de conocer este último.

Algún tiempo atrás, el señor Fiscal Nacional del Ministerio Público tuvo a bien pedir mi opinión sobre algunos aspectos relevantes de la nueva estructura procedimental penal y, entre las consultas formuladas, se me preguntó si

*“¿Es posible, o no, que el tribunal del juicio oral no acepte algunas de las pruebas admitidas en el auto de apertura del juicio oral y si puede revivirse el debate acerca de su procedencia o licitud en el tribunal del juicio oral?”*

<sup>28</sup> He expresado, en otra ocasión, que “...hasta donde le resulte posible, el defensor pedirá siempre el asentimiento previo de los testigos que incorpore al juicio [lo que no impide] la presentación de testigos hostiles calidad que no obsta a que el testigo sea oportunamente abordado por la defensa; informado de lo que se le preguntará y comunicado de la decisión de presentarlo al juicio...” Cfr mi “Estándares Básicos de Actuación de la Defensa Penal” en Revista de Estudios de la Justicia. Facultad de Derecho. U. de Chile. N° 1 año 2002. pág 248.

En la misma línea, en la Guideline 4.1. Case Review and Preparation of the New Mexico Public Defender Department: Performance Guideline for Criminal Defense Representation 1998, se lee “...Testigos potenciales: el abogado defensor deberá considerar si es apropiado entrevistar a los potenciales testigos incluyendo todos los testigos que no estén de acuerdo o están en contra del acusado... Si el abogado conduce dicha entrevista con testigos potenciales, deberá hacerlo en presencia de una tercera persona...” Cfr “Estándares Básicos de Calidad Para la prestación del Servicio de Defensa Penal Pública” R Blanco, M Decap, H Hernández y H Rojas. Colección de Investigaciones Jurídicas. U. Jesuita Alberto Hurtado año 2002 N° 1 pág. 30.

<sup>29</sup> Este comportamiento, en el que ignora lo que se obtendrá, importa el “salir a pescar” de la jerga forense norteamericana.

<sup>30</sup> Se cierra así el círculo: en relación a las víctimas, no hay cargo que formular, porque ellas declaran si lo estiman conveniente y no pueden ser compelidas a hacerlo; en relación a los policías, en cambio, el defensor tenía la obligación, impuesta por su responsabilidad profesional, de haberlos entrevistado para conocer la información con que contaban.

En esa ocasión, tras exponer que compete al juez de garantía, determinar en el auto de apertura del juicio oral, la prueba que los intervinientes podrán producir o rendir en el juicio oral, recordé que

“Informando, lo que en su texto resultó ser el artículo 341, y que se aprobó con la misma redacción del Proyecto, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, expone que “...el artículo 341 indica el contenido del auto de apertura del juicio oral, que el juez de control debe dictar al término de la audiencia, el que no es susceptible de recurso alguno...”<sup>31</sup>

En el Senado, en cambio, la materia se trató con mayor profundidad y se resolvió innovar porque, como afirmó la Comisión correspondiente de esa rama del Parlamento:

“Causó preocupación en la Comisión, la norma contenida en el inciso segundo, que permite al juez rechazar pruebas sin que esta resolución pueda ser apelable .....

“...Entendió [la Comisión] que el propósito obedece a que esta audiencia debe fijar el contenido del juicio oral y, precisamente, se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos, así como que un sistema de recursos demasiado amplio, podría significar la paralización del proceso, porque todos apelarían ante cualquier prueba que se les suprima...”

“...Por ello, acordó establecer un recurso a favor sólo del fiscal para apelar ante la Corte de Apelaciones contra el rechazo de pruebas que provengan de diligencias declaradas nulas o hayan sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. De esta forma se evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que no podrá después valorar. El recurso se concede en ambos efectos. Lo anterior no obsta a que las partes deduzcan por esta causa el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, si ello procediere de acuerdo a las reglas generales...”

Afirmé, entonces que, “conclusivamente, entonces, corresponde convenir en que dictar el auto de apertura del juicio oral, constituye una materia de competencia exclusiva y excluyente del juez de garantía respectivo.”<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Historia de la Ley No. 1 Nuevo Código Procesal Penal (Boletín 1630-07) Primer Trámite Constitucional Tomo II. Public. oficial. Redacc. de sesiones. pág. 338

<sup>32</sup> En el Informe en cuestión, emitido en marzo de 2003, en relación a la causa.....sostuve: “Nunca resulta excesivo volver a destacar el régimen de estricta legalidad a la que se sujeta el tema de la competencia de los tribunales, legalidad reforzada por lo prevenido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República y, en especial, por el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales, conforme al cual, la competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones, norma que, según se ha comentado desde antiguo, en versión que se atribuye a Urrutia Salas, se comprende y aplica mejor, cuando sus términos se invierten, para destacar que la **competencia representa las atribuciones conferidas a los tribunales para conocer de determinados negocios que la ley les encomienda.**

h) **De las consecuencias de constituir “el auto” de apertura del juicio oral, una sentencia interlocutoria.**

Si resulta pacífico convenir en que, **EN CUANTO RESUELVE ACERCA DE LA PROCEDENCIA PARA EL JUICIO ORAL DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS**, el denominado “auto” de apertura del juicio oral constituye, conforme a la clasificación del art. 158 del Código de Procedimiento Civil, una sentencia interlocutoria, deberá también aceptarse que produce los efectos de estas resoluciones y, en particular, como lo prescribe el art. 175 del mismo Código, el efecto de la cosa juzgada. Corresponderá, entonces, atribuir a la decisión de apertura, las características de irrevocabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada, para destacar que lo resuelto en el auto, salva sea la excepción de la apelación del fiscal, ya comentada y la ulterior consideración para un recurso de nulidad, es irrevocable e inimpugnable.

Ciertamente, estos atributos apuntan en el mismo sentido en el que se viene razonando, vale decir, en la imposibilidad que por decisión del tribunal de juicio oral, posterior, se pueda modificar lo decidido en el auto...

i) **¿Cosa Juzgada o Preclusión?**

Preclusión y cosa juzgada comparten, en general, el sentido de cierre, de término de etapa, de fin de debate. No es casual que la palabra preclusión reconozca como lejano antecedente etimológico la voz latina "praecclusio -nis" que importaba, en cuanto utilizado como forma verbal - se dice - "cerrar en la cara", por la fórmula "prae" (delante de) y "claudus" -ere, ( cerrar)

La preclusión es una institución del ámbito del proceso que apunta a la idea de clausura de etapas, esto es, a la imposibilidad que, cumplido un ciclo del proceso o, un simple trámite, se pueda volver atrás, para recomenzar lo ya verificado. Es la lógica que destaca que los actos del procedimiento constituyen, al propio tiempo, antecedente del acto que sigue y consecuencia del acto que antecede, dentro del denominado orden consecutivo legal.

En esta misma idea, debe recordarse la conocida fórmula chiovendiana en cuanto a que la cosa juzgada constituye "la suma o máxima preclusión".

Como resultado de provocarse esta consecuencia, que es la imposibilidad de modificar lo resuelto - es decir, la imposibilidad de volver atrás - por impedirlo la condición de res iudicata del auto de apertura, se producen claros efectos de preclusión, pero, en el fondo, lo que ocurre es que, por sobre este instituto que es más que nada una modalidad procedimental para dar curso a la actividad, lo que opera en la especie, es la cosa juzgada de que viene revestido el auto firme de apertura del juicio oral, que por reunir estas condiciones, reitero, deviene en inimpugnable.

**Atribuciones del tribunal de juicio oral en relación a la prueba.**

Enfocada la cuestión desde una perspectiva diferente, puede afirmarse que el tribunal de juicio oral NO tiene atribuciones para emitir pronunciamientos - positivos o negativos - en relación a las cuestiones probatorias dilucidadas precedentemente por el juez de garantías

Como resultado de provocarse esta consecuencia, que es la imposibilidad de modificar lo resuelto - es decir, la imposibilidad de volver atrás - por impedirlo la condición de res iudicata del auto de apertura, se producen claros efectos de preclusión, pero, en el fondo, lo que ocurre es que, por sobre este instituto que es más que nada una modalidad procedimental para dar curso a la actividad, lo que opera en la especie, es la cosa juzgada de que viene revestido el auto firme de apertura del juicio oral, que por reunir estas condiciones, reitero, deviene en inimpugnable por lo que la última parte de esta consulta previa, a saber "...si puede revivirse el debate acerca de su procedencia o licitud [ de la prueba aceptada en el auto de apertura] en el tribunal del juicio oral..." se torna simple: de la imposibilidad jurídica de adoptarse una decisión que cambie lo ya decidido en materia de aceptación y licitud de la prueba, se desprende idéntica imposibilidad jurídica y lógica de revivirse el debate sobre dichos tópicos.

**La duda que la consulta que se me formulara propone, puede comenzar a disiparse:**

Privativamente, compete al juez de garantía pronunciar el auto de apertura del juicio oral y no existe otro tribunal, en el ordenamiento jurídico nacional, que pueda asumir tal función;

Pronunciar el auto representa decidir, en la misma forma privativa, las cuestiones controvertidas en la audiencia de preparación del juicio oral y formular las declaraciones que la ley encomienda al juez de garantía, en esta etapa del procedimiento;

Las decisiones y declaraciones del juez de garantía se consignan en una resolución judicial, que como la mayoría, puede ser impugnada por recursos; en el caso concreto, el auto de apertura del juicio oral, sólo puede ser objeto de una apelación del fiscal del ministerio público, en caso que, en su concepto, se hubiere rechazado sin fundamento suficiente, una prueba que él ofreciera, a pretexto de provenir de diligencias o actuaciones declaradas nulas o de haber sido obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales;

Puesto que la cuestión de que se trata - admisibilidad o inadmisibilidad, licitud o ilicitud de la prueba ofrecida - fue discutida en un debate verificado en la audiencia de preparación del juicio oral, al que se puso término mediante la sentencia interlocutoria comentada, (auto de apertura del juicio oral...) que, como se expuso, es irrevocable e inimpugnable, no resulta posible reabrir tal discusión, desde que la imposibilidad lógica y jurídica de resolverlo de una manera diferente a la que ya se conoce, torna anticipadamente estéril la discusión."

El tribunal de juicio oral carece de facultades legales para modificar lo resuelto por el juez de garantía en el auto de apertura del juicio oral, en lo que se refiere al ámbito probatorio como a las restantes cuestiones que en el mismo se contienen, tanto porque carece de competencia para entrar al conocimiento de la materia, cuanto porque no es superior jerárquico de ese juez, calidad que le permitiría, eventualmente, ora ejercer potestad disciplinaria ora, conocer de recursos que se interpusieran en contra de sus resoluciones;

Si el auto de apertura del juicio oral, no es apelado, en las limitadas condiciones previstas en la ley, deviene en firme o ejecutoriado y, por tal condición, como todas las sentencias interlocutorias, se torna en inmodificable, también para el tribunal de juicio oral, al recibir la protección de la cosa juzgada y ni podrá dejarse de recibir, en el juicio oral, la prueba que en el auto se autorizó, ni podrá rechazarse aquella que en tal auto se hubiere denegado;

La historia fidedigna del establecimiento del actual artículo 277 del Código Procesal Penal, demuestra, adicionalmente, que el legislador siempre supo y aceptó, que lo resuelto en el auto, por el juez de garantía, no sería susceptible de revisión posterior alguna, salvo el caso excepcional que la misma norma contiene;

En consecuencia, un tribunal de juicio oral, que abre debate sobre el rechazo de prueba ya aceptada por el juez de garantía, o sobre su licitud, previamente admitida por dicho juez o, finalmente sobre cualesquiera otra mención del auto, no sólo actúa fuera de su competencia, en términos jurídicamente inaceptables sino, además, vulnera la autoridad de cosa juzgada de que está revestido el mismo auto, por su condición de firme o ejecutoriado.

De la afirmación precedente, se extrae la siguiente, - también incluida en el Informe que se viene citando - que debe formularse con idéntica contundencia:

**“En consecuencia, un tribunal de juicio oral, que abre debate sobre el rechazo de prueba ya aceptada por el juez de garantía, o sobre su licitud, previamente admitida por dicho juez o, finalmente sobre cualesquiera otra mención del auto, no sólo actúa fuera de su competencia, en términos jurídicamente inaceptables sino, además, vulnera la autoridad de cosa juzgada de que está revestido el mismo auto, por su condición de firme o ejecutoriado.”**

Avanzo así, en torno a las atribuciones de que estaba revestido el Tribunal de Juicio Oral cuya sentencia se ha anulado por la Corte de Apelaciones: a él, definitivamente, no le resultaba posible dejar de ponderar la prueba, de allí que, en cuanto se anula su fallo, lo que importa censurar la actividad sentenciadora, pareciera, sin dudas, haberse cometido un error por el Tribunal de Alzada.

### **LAS DECLARACIONES OMITIDAS**

(Las insuficiencias del fallo anulador de la sentencia)

A los variados capítulos de reproche que se pueden formular a la sentencia invalidante que se comenta, debe, necesariamente, sumarse uno que dice relación con la completa falta de preocupación que se advierte en el análisis de las declaraciones de cuya omisión se trata: es que si se hubiere reparado en las personas cuyos dichos se echan de menos en la investigación, se habría comprobado –aunque en honor a la verdad, la sentencia menciona la calidad de las personas – que se trataba de las víctimas del delito, sujetos a quienes la Corte de Apelaciones, sin prolijidad jurídica, atribuye la condición de “testigos”, olvidando la diferencia esencial que existe, en los más variados sentidos entre éstos y las víctimas. Al efecto, es útil recordar que la E. Corte Suprema<sup>33</sup> ha declarado que

“...debe tenerse en cuenta **que la víctima del delito** en el nuevo proceso penal, a diferencia de lo que parece sostener el recurrente, **no es un testigo**, es decir, un tercero ajeno a dicho procedimiento pero que depone sobre hechos que interesa acreditar a los intervinientes en él, sino uno de estos últimos, como lo pone de manifiesto expresamente el Código Procesal Penal en su artículo 12, que lo parangona con el fiscal, el imputado, el defensor y el querellante, al paso que el Título IV del Libro I de ese mismo cuerpo de leyes lo incluye, en su párrafo 6º, entre los «sujetos procesales». En esa condición, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 109, letra e) del Código Procesal Penal, la víctima tiene el derecho a «ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiera término a la causa»; en cambio, de ninguna disposición de la nueva legislación puede deducirse que grave sobre el ofendido una especie de obligación de hacerse oír a toda costa cuando el Ministerio Público o el tribunal lo juzgue oportuno para el éxito de la investigación o para el establecimiento de los hechos. Esta obligación existe para el testigo, porque la sociedad le impone que contribuya con sus declaraciones al esclarecimiento de la verdad procesal en interés de los intervinientes en el proceso y, hasta donde sea posible, de la recta administración de justicia para la solución del conflicto entre pretensiones contrastantes; la víctima, por el contra-

<sup>33</sup> Cfr: Corte Suprema 2 de Octubre de 2002. Ministerio Público contra Sandro M Maricurta y otros rol. 1989-2002.

rio, en tanto es uno de los sujetos del proceso, puede, precisamente por ello, declinar su interés en los resultados de éste y, por consiguiente, su derecho a expresar «su verdad» sobre los hechos. **Resultaría ciertamente paradójico que, mientras se reconoce siempre a los imputados el derecho a callar o a decir sólo aquello que considere conveniente, como se deduce del contexto del Código Procesal Penal y, en especial, de sus artículos 98, 194, 195 y 326, el ofendido, en cambio, se viese forzado a prestar declaración, incluso contra su voluntad...**”

De este vigoroso modo, la Corte Suprema ha rescatado el derecho de la víctima a no declarar o, a la inversa, ha dejado en claro, para todos los operadores del sistema, que a la víctima, QUE NO ES TESTIGO, NO SE LE PUEDE APLICAR EL ESTATUTO JURÍDICO DE ÉSTOS, como el ser forzada a declarar ni por el Tribunal ni por el Ministerio Público y en consecuencia, es la suya una declaración estrictamente voluntaria que puede o no tener lugar.

### **¿Influencia en lo dispositivo del fallo?**

Si los hechos invocados constituyen la causal esgrimida –materia respecto de la cual la Corte tampoco parece haberse detenido, porque si lo hubiera hecho, no se divisa cómo podría haber estimado que se haya impedido al defensor “*ejercer [en el juicio] las facultades que la ley le otorga*”– el recurso debería haberse rechazado porque la condición básica de procedencia de un recurso de nulidad, conforme resulta del artículo 375 del Código, es que las circunstancias que constituyen la causal hayan influido en lo dispositivo del fallo y mal podría hacerlo, el hecho de que las víctimas no hayan declarado en la investigación y lo hayan hecho en el juicio mismo, desde que ambas declaraciones son facultativas para ellas, y no existe autoridad jurídica ni personal capaz de imponerles tal comportamiento.

### **Prueba ilegal y prueba ilícita**

De un modo que mueve a la sincera admiración, la defensa califica de prueba “ilegal” a la considerada en el juicio para fundar el fallo, tomando pie en lo que muchos hemos escrito sobre el punto, para establecer diferencias entre prueba ilícita y prueba ilegal<sup>34</sup> cuestión que, más allá de lo meramente semántico, tiene la importancia de poner a prueba la referencia que el artículo 276 inciso 3° del Código, efectúa a las pruebas obtenidas con “inobservancia de garantías fundamentales”: la cuestión, con ser ingeniosa, no deja de representar un error jurídico de proporciones en el que la Corte ha incurrido, también, sin reserva alguna.

<sup>34</sup> Por mi parte, en lecciones dadas a los jueces del Poder Judicial de la Provincia argentina de Corrientes, he afirmado, frente a las pruebas que atentan con la normativa jurídica “[que] ... estamos en presencia de prueba que el sistema positivo prohíbe o proscribire: se trata, entonces, de un amplísimo género que admitirá diversas especies, de las cuales, posiblemente las más importantes son las que identifican a la prueba ilegal y a la prueba ilícita.

Es común encontrar una relevante distinción en estas materias: se diferencia lo que se denomina “prueba ilegal o ilegítima” de lo que se denomina “prueba ilícita”, distingo que descansa en la naturaleza de la norma que la producción de la prueba infringe. Así, es prueba ilegal aquella cuya obtención importó violación de normas legales o de principios generales del ordenamiento, de naturaleza procesal o material. No obstante, si la prohibición arranca de una ley procesal, la prueba será ilegal, ilegítima o ilegítimamente obtenida; cuando, por el contrario, la prohibición era de naturaleza material, (constitucional o penal, como una norma que impone el respeto a la privacidad de cada cual) la prueba habrá sido ilícitamente obtenida, el acto productivo de la prueba constituirá un proceder ilícito lo que permite calificarla directamente de ilícita.<sup>34</sup>

Ya es posible anticipar, entonces, que efectivamente, la “antijuridicidad” – calificación genérica – de la prueba puede resultar de haberse vulnerado una prohibición expresa de la ley; (no podrá interrogarse al imputado sin la presencia de su defensor) puede ser el resultado de ajustarse el comportamiento probatorio a una descripción legal (es ilegal tomar declaración al imputado bajo juramento) o puede ser la consecuencia que se extrae de la violación de principios generales del derecho sea constitucional, penal o procesal penal (por ej: del que impone el respeto a la dignidad de la persona imputada).

Como no puede dejar de advertirse, si se llega al convencimiento de que la prueba de que se trata, se ha obtenido infringiendo tales garantías fundamentales que parece ser la idea de la Corte, toda vez que en abono a su decisión ha sostenido, nada menos que en el juicio al permitirse la declaración de estos testigos "... [se ha negado] *con ello a los imputados el derecho fundamental de contar con una adecuada defensa técnica*", lo que importa, sostener, implícitamente, la infracción a la garantía constitucional del derecho a la defensa letrada que reconoce el art. 19 N° 3 inciso 2° de la Constitución vigente y el artículo 8 N° 2 letra d) de la Convención Americana de Derechos Humanos, **el reproche excluyente debió haberse formulado en la audiencia de preparación del juicio oral**, como lo exige el artículo 276 del Código Procesal Penal y como el tema se adentra en el ámbito de la nulidad, la cuestión queda zanjada con el saneamiento producido por la circunstancia de no haber impetrado el interviniente, oportunamente, la nulidad, con arreglo a lo previsto en el artículo 164 del mismo cuerpo legal.

### **La nulidad procesal: una sanción para la inobservancia del derecho ritual**

En el ámbito de los procedimientos que, como el nuestro, se rigen, en general, por el principio de la legalidad de las formas, – esto es, que a diferencia de lo que acontece con aquellos tributarios de un régimen de libertad de formas, en el que las actuaciones tienen lugar como lo determine el tribunal o el órgano, de manera de satisfacer mejor la finalidad hacia la que el acto está destinado – las actuaciones deben ajustarse a un modelo predeterminado por la ley. Así, en tanto mayor sea el alejamiento del modo en que efectivamente se verificó el acto, en relación a dicho arquetipo ideal plasmado en la norma, mayor será el grado de ineficacia de que el acto adolezca.

De allí que, con la precisión y claridad que le eran características, Couture pudiera afirmar que *"...la irregularidad del acto procesal, esto es, el desajuste entre la forma determinada en la ley y la forma utilizada en la vida, es en todo caso, una cuestión de matices, que corre desde el apartamiento gravísimo, alejado en absoluto de las formas requeridas, hasta el levisimo, apenas perceptible"* <sup>35</sup>.

En la especie, para que pudiera estimarse inválida la declaración de las personas presentadas por el Ministerio Público como testigos al juicio oral, habría sido menester que el artículo 259 del Código, que determina las menciones de la acusación y, en particular, señala las menciones que deben indicarse, a propósito de la proposición de la prueba, exigiera que sólo pueden incorporarse como testigos a quienes hayan declarado en la investigación llevada a cabo por dicho Ministerio, lo que, obviamente, no acontece.

Si hubiere existido tal exigencia, empero, la cuestión de todas formas no habría permitido invalidar la sentencia, porque las mismas personas fueron propuestas por la defensa como testigos suyos y, en tal condición, se les incorporó por el juez de garantía, en el auto de apertura del juicio oral.

Queda así, de manifiesto, que no se ha faltado a ningún requerimiento formal de la ley que pudiese autorizar la anulación.

### **El recurso de nulidad como vía especial de obtención de la declaración de nulidad procesal.**

Es bien sabido que el actual recurso de nulidad del Código Procesal Penal, vino a reemplazar al recurso de casación que incluía el Proyecto del Ejecutivo y al recurso extraordinario,

<sup>35</sup> Cfr: Eduardo J Couture. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil" 3ª edic. (póstuma) R Depalma edit. Bs Aires. 1958 pág 376.

que introdujera la Cámara de Diputados: en su función de sustituto del recurso de casación, él presenta las clásicas versiones de la casación civil chilena porque nadie podrá dejar de advertir que a través de la causal de procedencia consagrada en el artículo 373 letra b) se cobija un verdadero recurso de casación en el fondo y que, las causales previstas en el artículo 374, se corresponden con las de la casación en la forma.

Establecido este punto de partida para el análisis, es preciso admitir, a continuación, que los principios y reglas generales que rigen a la nulidad procesal, también deben atenderse cuando se conocen los recursos de nulidad, sin perjuicio de tenerse en cuenta los especiales, propios de esta vía de impugnación.

### **Inobservancia de reglas especiales del recurso de nulidad**

#### **a) Convalidación, en un caso de excepción a la preparación del recurso.**

En conformidad a lo exigido por el artículo 377 del Código, "... si la infracción invocada como motivo del recurso, se refiere a una ley que regular el procedimiento – cuyo es el caso – el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto."

En el caso de autos, sin embargo y por mandato de la misma disposición reseñada y, todavía, en atención a que se invocó una causal de las que representan motivos absolutos de nulidad, no fue preciso preparar el recurso.

Con todo, y reconocido el hecho, siguiendo el razonamiento de la sentencia anulante y de la defensa, lo que, obviamente, no importa afirmar que tal razonamiento se comparta, habría que aceptar que se ha privado al imputado del "*derecho fundamental de contar con una adecuada defensa técnica*", lo que sería consecuencia de haberse permitido que en el juicio oral se produjere una prueba respecto de la cual no se habría podido ejercer dicha "adecuada defensa técnica".

Mas, como la admisibilidad de la prueba debió discutirse en la audiencia de preparación del juicio oral y en el acta de la misma aparece que "no existe discusión acerca de exclusiones de prueba", no puede sino concluirse estimando que, en concepto de la defensa no existió motivo para que alguna prueba fuera excluida o, lo que a la postre tiene idéntico resultado, que por las razones que sean, dicha defensa no estimó del caso solicitar tal exclusión. Como quiera sea, la consecuencia jurídica es siempre una misma: la convalidación de la omisión por la falta de oportuno reclamo de la nulidad, porque no se verificó verbalmente y "antes del término de la misma audiencia", que era la oportunidad propicia como lo acota el artículo 161 del Código.

*Esta regla - referida a la oportunidad de promover controversia sobre la validez de la prueba, sostiene la Corte Suprema <sup>36</sup> - se encuentra corroborada por la normativa que contempla el Código Procesal Penal para las pruebas que pueden rendirse en el juicio oral. En efecto, fuera de la norma sobre el debate de la prueba ofrecida que contempla el artículo 272 y aquellas referentes a las convenciones probatorias del artículo 275, el artículo 277 establece que el juez de garantía debe dictar el auto de apertura del juicio oral que, entre otras indicaciones debe contener la de las pruebas que debe rendirse en él. Esta disposición corrobora lo resuelto por el fallo recurrido puesto que, efectivamente el momento en que deben ofrecerse las pruebas o alegarse las nulidades producto de irregularidades **es ante el juez de garantía y precedentemente a que dicte el auto de apertura** <sup>37</sup> .*

<sup>36</sup> Cfr. Corte Suprema. 30.06.2003 rol 1831-03 c/ Carlos F Colicoy.

<sup>37</sup> Destacado mío.

Esta circunstancia – evidente, manifiesta y trascendente para la suerte del recurso – no mereció la menor consideración del fallo, a pesar de que si, como se lo exige la Ley, la Corte hubiere estudiado este aspecto de la impugnación, debió haberla **declarado inadmisibile**.

**b) El saneamiento de la nulidad por la aquiescencia o aceptación de la eventual perjudicada.**

(De la buena fe en los debates jurisdiccionales)

El principio o modalidad de saneamiento de las nulidades tiene como fundamento, no sólo la economía procesal – cuestión siempre relevante – sino, de modo principal, la exigencia de buena fe que debe animar a los que litigan en estrados judiciales.<sup>38</sup> Todavía más, las formas saneadoras que convalidan lo actuado, son demostración cabal de la falta de perjuicio que el hecho pudo haber ocasionado al eventual afectado.

*“Convalidado el acto – sostuve en ocasión diversa – ya no puede ser INVALIDADO, porque esa característica que lo acompaña, “la anulabilidad”, ya no se encuentra presente. Se habrá transformado en un acto de tan sólidas raíces como todos los restantes a virtud, en el fondo, del efecto convalidante...”*<sup>39</sup>

En la especie, se afirma que constituye un vicio, que genera nulidad, la circunstancia de haberse ponderado en la sentencia, el dicho de personas que declararon en el juicio pero no fueron interrogadas en la investigación y/o no se dejó testimonio de sus declaraciones en el registro del fiscal.

No obstante y a pesar de haberse hecho presente el argumento, a la Corte no le parece relevante QUE LOS RECURRENTES HAYAN PRESENTADO COMO TESTIGOS A LAS MISMAS PERSONAS por cuyas declaraciones hoy piden declaración de nulidad.

Cuando, con ligereza, se prescinde del análisis de este elemento, lo que en verdad ocurre, es que se ignora o desconoce un principio fundamental en el ámbito de las nulidades procesales y que proclama que ella no puede declararse si el eventual dañado “acceptare expresa o tácitamente los efectos del acto...” (art 164).

Si la circunstancia de hacer declarar el fiscal en el juicio, a personas cuyas declaraciones previas no constan en los registros de la investigación, constituye un vicio de nulidad, un mínimo de rigor intelectual debería haber permitido concluir que **el hecho de que el mismo recurrente haya propuesto a idénticas personas como testigos, representaba aceptar – expresa o tácitamente – los efectos del acto...** lo que impide que la pretensión anuladora pueda prosperar.<sup>40</sup>

¿Cómo puede un litigante – sin incurrir en grosera falta de observancia a la más elemental buena fe que debe imperar en el debate jurisdiccional – presentar cuatro testigos para que declaren en el juicio y, más tarde, cuando la sentencia que se dicta, se basa, precisamente, en el dicho de ESOS MISMOS CUATRO TESTIGOS QUE ÉL PRESENTÓ, pedir la nulidad de tal fallo, a pretexto de que, en relación a estos testigos, concurre alguna razón de anulación...? <sup>41</sup>

<sup>38</sup> Cfr: Pía Tavorari Goycoolea, “El Abuso en el Proceso” Edic Jurídicas Congreso Stgo. 1ª. edic. 2004, págs 19 a 29

<sup>39</sup> Cfr mi “La Nulidad Procesal en el Derecho Actual” en “El Proceso en Acción” Edit Libromar Ltda. Valparaíso 2000. pág. 255-256

<sup>40</sup> Me parece preocupante que una Corte de Apelaciones nacional no haya reparado en esta circunstancia tan manifiesta: la represión del abuso procesal a que antes aludí, que constituye una constante en el Derecho Comparado contemporáneo pareciera no ser motivo de inquietud para un Tribunal Superior nuestro.

<sup>41</sup> La Corte Suprema, en fallo de 28 de octubre de 2003, dictado en los autos 4332-03, plantea dubitativamente esta cuestión, pero la enorme diferencia con el caso que se informa, es, precisamente, el hecho de que, en el presente, la Defensa haya presentado a los mismos cuatro testigos, lo que excluye todo debate sobre la validez del testimonio.

### **c) La extensión del efecto invalidante.**

Si el hecho que se entiende viciado, es la circunstancia de constituir prueba admisible en el juicio oral, la declaración de las dos víctimas y de los dos funcionarios de la policía, lo que en verdad debe ser anulado, es el auto de apertura del juicio oral y la audiencia de preparación misma, a fin que dándose a los acusados la posibilidad de provocar debate encaminado a excluir prueba, el juez de garantía, acogiendo, si procede, su reclamación, pueda dictar un nuevo auto de apertura del juicio oral.

Que el señalado es el único camino de coherencia lógica, queda demostrado con la sola comprobación de que, si se procediere a realizar – como al parecer, sin mayor reflexión se ordena en la sentencia – un nuevo juicio oral, a virtud de la fuerza de cosa juzgada que ampara al auto de apertura del juicio oral, que por tal motivo, es inimpugnable y debe ser ejecutado, en este segundo juicio oral, LAS ÚNICAS PERSONAS QUE PODRÁN DECLARAR, son, precisamente, las cuatro que fueron presentadas por la acusación y por la defensa... ¡y cuyos dichos no constan en los registros de la investigación!

De este modo queda demostrado, que anular el fallo y el juicio, ordenando que se verifique otro, no es suficiente [**o, como me parece, es profundamente equivocado**] por lo que correspondería es anular - además de la sentencia y el juicio - la audiencia de preparación y el auto de apertura: esta conclusión, empero, choca con lo prevenido en el artículo 372 del Código, que asigna, al recurso de nulidad, la aptitud para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva y, principalmente, con lo dispuesto en el inciso penúltimo del artículo 165, conforme al cual, “**las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral, no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral...**” lo que es aplicación del principio que antes ha consagrado la misma disposición con la afirmación en orden a que “**...la declaración de nulidad no podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores...**”

Importa además, vulnerar flagrantemente, lo dispuesto en el artículo 161 del Código, que dispone que **no podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación después de la audiencia de preparación del juicio oral...**

*Basta para rechazar el recurso de nulidad planteado - ha sostenido en caso semejante la E.Corte Suprema - la clara disposición que se contempla en el artículo 161 del Código Procesal Penal. En efecto, no podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación, después de la audiencia de preparación del juicio oral. La solicitud de nulidad presentada extemporáneamente será declarada inadmisibile.*<sup>42</sup>

Y, en la misma línea argumental, el Alto Tribunal ha fallado que “*... las infracciones que hubiere podido cometerse con anterioridad al juicio no pueden servir de fundamento para pedir su nulidad, desde que ésta, incluso en caso de declararse, no podría alcanzar a tales actuaciones...*”<sup>43</sup>

Si, en consecuencia, una nulidad que se declara **DURANTE** el juicio oral, no tiene la fuerza para alcanzar con su efecto invalidante a la audiencia de preparación de ese juicio, con cuánta mayor razón no habrá de afirmarse que, mucho menos, podrá alcanzarlo, la nulidad declarada **DESPUÉS** del juicio, como resultado de un recurso de nulidad: muchísimo menos - aún - podrá reclamarse de la nulidad de actuaciones que tuvieron lugar durante la investigación, como lo consagra el claro texto legal transcrito.

<sup>42</sup> Cfr. Corte Suprema. 30.06.2003 rol 1831-03 c/ Carlos F Colicoy.

<sup>43</sup> Cfr. Corte Suprema 27.11.2003 rol 4502.03 c/ Patricio Mardones.

**d) La evidente distorsión del sentido de la causal esgrimida.**

Funda su anulación la Corte, en la pretendida circunstancia de haberse impedido al defensor ejercer las facultades que la ley le otorga: esto claro, está, haciendo pie en que hay un "derecho" a contrainterrogar al testigo confrontándolo con sus declaraciones de la investigación.

Esta argumentación descansa sobre un supuesto inaceptable: se parte de la base, que entre unas y otras declaraciones, NECESARIAMENTE han de existir contradicciones e incoherencias; en palabras diversas, la base de la imputación es sólo supuesta o figurada y, lo que es aún peor, no existe en el fallo, elemento alguno que permita concluir que los dichos de las personas, ponderados por el Tribunal de Juicio Oral, hayan sido inconexos, incompletos, incoherentes o imprecisos, de suerte que el intérprete pudiese pensar en la necesidad o conveniencia de efectuar a su respecto, una confrontación.

Impedir al defensor ejercer sus funciones o facultades, no tiene – ni remotamente – el sentido que la Corte y la defensa le han dado en el fallo y en el recurso, respectivamente: se trata, como cualquier lector podrá imaginar, que no se le permita hablar, que se le niegue el derecho a estar presente en la audiencia; que le resulte vedado interrogar a testigos o peritos; que se le prive del derecho a pronunciar sus alegatos de apertura y clausura, etc.

La alambicada e infundada argumentación, encaminada a estimar que hay privación del ejercicio de facultades del defensor, porque no existió una declaración anterior, con la cual hipotética o supuestamente, la declaración actual podría ser contrastada, es del todo inaceptable: una consecuencia tan gravosa como la invalidación de un juicio oral sólo se puede justificar en hechos y circunstancias ciertas, concretas y efectivas, y jamás en especulaciones en eventuales posibilidades futuras ni menos en simples aspiraciones.

**Conclusiones**

1.- El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que pondera el dicho de testigos y las declaraciones prestadas por las víctimas en el juicio, medios de prueba incluidos en el auto de apertura del juicio oral, procede con estricta sujeción a la ley y no comete vicio alguno ni restringe, perturba o impide el ejercicio de facultades del defensor;

2. No es jurídicamente posible, a ese tribunal, dejar de ponderar la prueba incluida en el auto referido;

3. No constituye causal de nulidad procesal, la circunstancia de que el Ministerio Público haya dejado de interrogar a testigos y, por ende, no haya consignado sus declaraciones;

4. Si se estimare que se trata de un vicio de nulidad, debió haberse reclamado de él en la oportunidad legal, esto es, dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se hubiere tomado conocimiento del mismo.

5. Las cuestiones sobre procedencia o improcedencia de la prueba que se producirá en el juicio oral, tienen una oportunidad propia y específica para promoverse: la audiencia de preparación del juicio oral y se resuelven en el auto de apertura;

6. El recurso de nulidad, como lo adelanta su denominación, constituye una de las vías posibles para obtener la declaración de nulidad procesal: no es ajeno, por este motivo,

al instituto de la convalidación o subsanación de las nulidades que, en el caso de autos, operó al aceptar la defensa “los efectos del acto”, como queda demostrado por la circunstancia de haber ella presentado a las mismas personas cuyos testimonios se controvierten, como testigos;

7. No puede olvidarse, a la hora de determinar los alcances del recurso de nulidad que, conforme al artículo 372, su propósito es la invalidación de la sentencia o de ésta y del juicio oral; que de acuerdo al artículo 165 inc.3°, in fine, “ **las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral, no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral...**” que la misma norma anticipa, en su inciso 1° que “**...la declaración de nulidad no podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores...**” y que el artículo 161 tiene dicho que **no podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación, después de la audiencia de preparación del juicio oral;**

8. La sentencia que ha acogido el recurso de nulidad comentado, ha dejado sin aplicación los principios que rigen la nulidad procesal, especialmente, lo referente a la convalidación y a las reglas propias del recurso de nulidad consagradas en el Título IV del Libro Tercero del Código Procesal Penal;

9. Ha olvidado, también, los más relevantes principios que regulan el debate acerca de la procedencia y la exclusión de la prueba en el nuevo régimen procesal penal.

En mérito de las conclusiones consignadas y de los razonamientos que les anteceden, expreso a Ud., mi opinión final, en orden a que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso analizada, no se ajusta a Derecho, altera y distorsiona principios del enjuiciamiento penal y, definitivamente, no se ajusta a la filosofía sobre la que opera el nuevo régimen procesal vigente.

## CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LA AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO

**JOSÉ LUIS CEA EGAÑA** <sup>44</sup>

*Presidente*

*Asociación Chilena de Derecho Constitucional*

### INTRODUCCIÓN

En el amplio tema de la naturaleza jurídica del Ministerio Público, me corresponde referirme a un tópico más preciso, cual es, su carácter de órgano constitucional autónomo. En relación con tal cualidad, debo también aludir a las facultades exclusivas que le corresponde ejercer con sujeción a la Carta Fundamental y a su Ley Orgánica. En el análisis vincularé ambos tópicos, porque son inseparables.

### I. DIFICULTADES PARA LA INSTITUCIONALIZACIÓN

Comienzo realzando que el Ministerio Público es el más nuevo de los órganos incorporados a nuestra Carta Suprema. De ese rasgo desprendo dos consecuencias que pido recordar, porque resultan determinantes del sentido y alcance de cuanto expondré después.

Me refiero, en primer lugar, a que la instauración del Ministerio Público fue relativamente rápida, con probabilidad debido a la conciencia de lo obsoleto y colapsado del antiguo régimen procesal penal pero, más importante todavía, a raíz de la ilegitimidad abrumadora que lo rodeaba, en especial después de la experiencia vivida durante el régimen militar.

Sin embargo, al cabo de casi cien años de vigencia del viejo Código, la relativamente expedita introducción del Ministerio Público, en 1997, no ha sido análogamente seguida en su proceso de institucionalización, es decir, de arraigarlo, de modo perdurable, en la cultura nacional. Así es, porque la reforma procesal penal supone mucho más que una trama compleja de cambios en los textos jurídicos, en el centro y en la cima de los cuales se halla el ordenamiento del Ministerio Público. Sin duda, resultó imperativo incorporar un capítulo nuevo a la Constitución dedicado a él, unido a la implantación del nuevo Código Procesal Penal y a la adecuación de más de cincuenta cuerpos legales. Pero la reforma supone, como digo, ir paulatinamente reemplazando los hábitos, costumbres y mentalidades configuradas según la cultura jurídica que comienza a dejarnos. Y esto es mucho más lento y difícil de lograr entre jueces y abogados; entre los funcionarios del propio Ministerio y de las policías, muchos modelados según el régimen anterior; en fin, en la población en general, dentro de la cual se hallan inculpados, víctimas y testigos, incluyendo entre las víctimas a la propia sociedad.

Tal resistencia al cambio genera una segunda consecuencia que debo destacar. Me refiero a que se torna difícil consolidar el espacio institucional que, como órgano de jerarquía suprema, la Constitución ha reservado al Ministerio Público. Las evidencias de esta resistencia son numerosas y patentes. Precisamente, creo que el meollo de mi exposición ha de consistir en organizar esas evidencias en un esquema para añadir, junto a cada una de ellas, un comentario que demuestre el sentido y alcance con que, en una hermenéutica constitucional correcta, tienen que ser entendidos y aplicados los valores, principios y normas de la Carta Fundamental y de la Ley Orgánica respectiva <sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Conferencia ofrecida el viernes 17 de diciembre de 2004, en la Jornada sobre Temas Constitucionales de Interés para el Ministerio Público, en la sede de esta Institución en Santiago.

<sup>45</sup> Ley N°19.640, publicada en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1999.

Por ahora, imperativo me parece llamar la atención sobre el supuesto general siguiente: toda interpretación del ordenamiento jurídico relativo al Ministerio Público ha de ser hecha en términos de consolidar su rol en el sistema constitucional y, especialmente, en la reforma procesal penal. Procuraré, como dije, demostrar la rectitud de esta premisa, convencido que si se la aplica uniformemente, entonces desaparecerán muchos de los problemas relacionados con la autonomía de la Institución. Mi planteamiento no es el de un obstinado, sino que el de un persuadido, de buena fe, que ese es el propósito y espíritu que fluye de la enmienda constitucional de 1997.

## II. OBSTÁCULOS A LA AUTONOMÍA

Siguiendo el articulado de la Constitución en la materia, hallamos, en primer lugar, que el Ministerio Público es un órgano autónomo<sup>46</sup>. Este rasgo esencial lo comparte, explícitamente, con la Contraloría General de la República<sup>47</sup>, el Banco Central<sup>48</sup>, las Municipalidades<sup>49</sup> y el Consejo Nacional de Televisión<sup>50</sup>. Implícita pero inequívocamente, comparte también el carácter de órgano autónomo con todas las demás instituciones de jerarquía constitucional, porque a éstas se les aplica el principio de separación de poderes y funciones en el Estado de Derecho con democracia constitucional.

La claridad del análisis, empero, se va perdiendo cuando avanzamos desde el sentido natural y obvio de la autonomía<sup>51</sup>, que todos conocemos, a su concreción práctica. Es aquí en donde, como dije, comienzan a emerger los celos institucionales, las rivalidades funcionarias, los tropiezos operativos y las restricciones presupuestarias. Detengámonos en ilustrar las consecuencias de estas irrupciones en el sentido seguro que ha de singularizar la autonomía del Ministerio Público.

Desde luego, en ligamen con las funciones y atribuciones constitucionales de ese órgano, sobresale la de dirigir, en forma exclusiva, la investigación de los hechos constitutivos de delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado<sup>52</sup>. Para tal efecto, el Ministerio Público puede impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación<sup>53</sup>.

Pues bien, en nexa con la dirección exclusiva de la investigación, se sabe que ha sido menester doblegar la injerencia de algunos jueces de garantía que, apoyándose en lo dispuesto en la misma Constitución<sup>54</sup>, se han reputado competentes para interferir en el desempeño autónomo de tal función por los fiscales, aduciendo que se trata de actuaciones que privan al imputado o a terceros del ejercicio de derechos fundamentales, o que los restringen o perturban. Aunque sea de paso, digo que, tan pronto conocí tal disposición constitucional, pensé que iba a provocar problemas a los fiscales<sup>55</sup>, debiendo aquí reconocer, sin embargo, que han sido menos frecuentes de lo que imaginé cinco años atrás. Probablemente, entonces, tiene razón el Ministro Milton Juica Arancibia, cuando escribe que el principio de objetividad hizo necesario crear un órgano autónomo, confiando a los jueces su función, única y natural, que es juzgar con sujeción a los antecedentes aportados por un tercero independiente de la jurisdicción, el cual y eventualmente, asume el rol de acusador<sup>56</sup>.

<sup>46</sup> Constitución de 1980, artículo 80 letra A inciso 1°.

<sup>47</sup> Artículo 87 inciso 1°.

<sup>48</sup> Artículo 97 inciso 1°.

<sup>49</sup> Artículo 107 inciso 4°. No incluyo a los gobiernos regionales porque, en realidad, se rigen por el principio de desconcentración y no descentralización, pese a lo afirmado en los artículos 100 inciso 2°, 102 inciso 1° y 103 de la Constitución.

<sup>50</sup> Artículo 19 N°12 inciso 6°.

<sup>51</sup> **Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua** (Madrid, Ed. Espasa Calpe, 2001) p. 252: 1. "Potestad que dentro del Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse por normas y órganos de gobierno propios. 2. Condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie."

<sup>52</sup> Artículo 80 letra A inciso 1°.

<sup>53</sup> Artículo 80 letra A inciso 3°, primera oración.

<sup>54</sup> *Id.*, segunda oración.

<sup>55</sup> Fisonomía Constitucional del Ministerio Público de Chile", X **Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile** (número especial, 1999) pp. 100 ss.

<sup>56</sup> "El Ministerio Público en la Constitución de 1980", en Enrique Navarro Beltrán: **20 Años de la Constitución Chilena** (Santiago, Ed. Conosur, 2001) p. 574.

La autonomía en la dirección de la triple investigación ya aludida ha tropezado también con el despliegue, a veces exagerado, de la defensa penal a favor de los inculpados. Argumentando con base en el principio de inocencia, concebido en términos desmesurados y como un fin en sí mismo<sup>57</sup>, los abogados de la Defensoría Penal Pública han coincidido con los jueces de garantía en enervar o hacer más difícil y aleatoria las actuaciones de los fiscales. Esto ha redundado, a veces, en perjuicio de la transparencia<sup>58</sup> y en un clima de opiniones desfavorable al Ministerio, al cual le atribuyen, equivocadamente por supuesto, responsabilidades en el crecimiento de la delincuencia común y en su falta de efectiva sanción<sup>59</sup>.

Cercano al asunto recién descrito encontramos la polémica suscitada en torno de las declaraciones falsas prestadas ante un fiscal instructor. La cuestión sigue siendo debatida en el Congreso Nacional, existiendo pronunciamientos que califican como delito de falso testimonio a tales declaraciones, mientras otros creen que se trata del ilícito de obstrucción a la labor de la justicia<sup>60</sup>. En definitiva, lo que interesa rescatar es la razonabilidad de una norma que sancione una conducta tan lesiva para que la investigación justa llegue a su término cabal.

Igualmente vinculado con el tópico en comentario se halla la cuarta función que le asigna el Código Político a esta Institución. Trátase del ejercicio, en su caso, de la acción penal pública en la forma prevista por la ley<sup>61</sup>. Así es, porque se ha sostenido que estamos ante una facultad de ejercicio discrecional, en virtud de la cual han tenido lugar numerosas salidas alternativas, sin finalizar la investigación con la formalización de la acusación respectiva<sup>62</sup>.

La información oficial entregada por el Fiscal Nacional en su cuenta anual demuestra, sin embargo, lo equivocado de tal aseveración<sup>63</sup>, denotativa, además, de respeto del principio de oportunidad en el nuevo proceso penal.

Por último, análogo cargo se imputa al Ministerio en ligamen con la quinta de las funciones en comentario, esto es, la de adoptar medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. Nuevamente, se parte de la base que invocando su autonomía, la Institución no otorga la relevancia debida a esta importante función, derivando con ello en el desamparo de los sujetos aludidos, correlativo a la sobreprotección de los inculpados. Sea por desinformación o por manipulación, lo cierto es que tal tesis tiene que ser calificada también como equivocada. Así lo demostró el Fiscal Nacional en la fuente ya indicada<sup>64</sup>.

Me detengo aquí para formular una conclusión: el ejercicio de la autonomía, rasgo esencial del Ministerio Público, ha suscitado críticas y objeciones en nexos con el servicio de las funciones capitales que le asigna la Constitución. Mi intención, al resumir estas ideas, es desestimarlas pero, más en concreto y aquí, con el ánimo de exhibirlas como ejemplo de lo que expuse al iniciar mi exposición, quiero decir, que el Ministerio tendrá que seguir enfrentando tales dificultades, porque son inevitables en el paso de un régimen caduco a otro de profunda innovación. Por fortuna, el legislador contempló un cronograma para implantar

<sup>57</sup> Véase, por ejemplo, Luigi Ferrajoli: **Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal** (Madrid, Ed. Trotta, 2001) pp. 549-552 y 626-628. En la doctrina chilena, consúltese Juan Colombo Campbell: **Desafíos en la Aplicación del Principio de Inocencia en el Nuevo Proceso Penal ¿Colisión de Derechos del Inculpadado y de la Víctima?** (Santiago, Ed. Tribunal Constitucional de Chile, 2004); Miguel Ángel Fernández González: **Cuestiones Constitucionales en Torno del Código Procesal Penal** (Santiago, Documento de Trabajo N°57 de la Universidad de Los Andes, 2003) pp. 55 ss.; y Mario Rojas Sepúlveda: "Algunas de las Claves del Nuevo Proceso Penal", *Revista Actualidad Jurídica* N°7 (2003) pp. 29 ss.

<sup>58</sup> Véase la sentencia de la Corte Suprema pronunciada el 19 de julio de 2004, reproducida en *Gaceta Jurídica* N°289 (2004) pp. 180 ss.

<sup>59</sup> Carlos Pecchi Croce y Eleodoro Ortíz Sepúlveda: "Análisis Estadístico de los Mecanismos de Descongestión del Juicio Oral en el Nuevo Proceso Penal", *Revista Actualidad Jurídica* N°7 (2003) pp. 47 ss.

<sup>60</sup> Véase Rodrigo Zegers Reyes: "Alcances Jurídicos de la Mentira", *Revista del Abogado* N°32 (2004) pp. 24 ss.

<sup>61</sup> Artículo 80 letra B.

<sup>62</sup> Artículo 80 letra A inciso 1°.

<sup>63</sup> Consúltese la **Quinta Cuenta Pública de Actividades del Ministerio Público**, rendida por el Fiscal Nacional el 24 de abril de 2004, pp. 4 ss.

<sup>64</sup> *Id.*, pp. 10 ss.

gradualmente la reforma, término iniciado el 16 de diciembre de 2000 y que culminará el 16 de junio de 2005. En esta última fecha se incorporará a la Región Metropolitana al proceso aludido, estimándose en 50% el aumento de las causas criminales por este motivo<sup>65</sup>. Gracias a ese avance, paulatino y programado, ha sido posible, por consiguiente, detectar fallas y corregir errores, algunos de los cuales no han sido aún articulados en la nueva legislación de rigor.

### III. INCÓGNITAS ORGÁNICAS

La Constitución traza las ideas matrices sobre la estructura del Ministerio Público<sup>66</sup>, ceñida al rasgo jerarquizado que ya le impuso como carácter definitorio<sup>67</sup>.

Evidentemente, la estructura aludida tiene que ser coherente con la autonomía de la institución. Hasta ahora y en términos globales, creo que el balance pertinente puede ser calificado como positivo.

Estrechamente vinculado con la autonomía se halla el sistema aplicable al nombramiento del Fiscal Nacional y de los fiscales regionales<sup>68</sup>. La normativa permanente difiere, sin embargo, de la transitoria en el rubro, porque en la última se permite participar a funcionarios judiciales<sup>69</sup>.

En cuanto al Fiscal Nacional, el sistema funcionó perfectamente y, en los hechos, ha quedado demostrada la elección acertada de quien, desde el 9 de diciembre de 1999, ha servido tan delicada función.

Surgieron, en cambio, interpretaciones divergentes con ocasión de las ternas que, el conjunto de Ministros de las dos Cortes de Apelaciones de la Región Metropolitana, formaron para que el Fiscal Nacional procediera a los cuatro nombramientos respectivos. La dificultad fue resuelta, pero dejando la impresión que, las Cortes aludidas, pudieron haberlo evitado siguiendo una interpretación más coherente con la autonomía de la Institución.

Pero no hemos aún comprobado el funcionamiento de las disposiciones en situaciones graves y tensionantes, v. gr., cuando sea necesario, lo que espero que nunca ocurra, hacer efectiva la responsabilidad funcionaria<sup>70</sup>, operacionalizando las causales amplias que aparecen en la Constitución: incapacidad del Fiscal Nacional y de los fiscales regionales; mal comportamiento de ellos; o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. Por ahora y al menos, podemos confiar en que resultan bastante restringidos los titulares de la acción de remoción; y que son elevadas las formalidades y las exigencias sustantivas para que la Corte Suprema acuerde acceder a ella.<sup>71</sup>

Vinculado a la autonomía se halla también el fuero asegurado a favor del Fiscal Nacional, de los fiscales regionales y de los fiscales adjuntos<sup>72</sup>, en los mismos términos que, el artículo 78 de la Constitución, lo hace en favor de los magistrados de los tribunales de justicia, los fiscales policiales y los jueces letrados que integran el Poder Judicial. No obstante, han ocurrido casos en los cuales se ha pretendido desconocer este privilegio, habiéndose superado, en definitiva, merced a la correcta interpretación dada a la Carta Fundamental por la Corte Suprema.

Análogamente relacionada con la autonomía encontramos la superintendencia directiva, correccional y económica del Ministerio Público, radicada en el Fiscal Nacional<sup>73</sup>. Menester es observar, sin embargo,

<sup>65</sup> *Id.*, pp. 2-3.

Revisese el artículo 6 transitorio de la ley N°19.665, publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 2000, en virtud del cual fue establecida la Comisión de Coordinación de la Reforma Procesal Penal, por cinco años, encargada de formular las proposiciones técnicas que faciliten la puesta en marcha del nuevo sistema.

<sup>66</sup> Artículo 80 letra B, en relación con los artículos 12 y siguientes de la Ley Orgánica citada.

<sup>67</sup> Artículo 80 letra A, en armonía con los artículos 7 y 45 a 53 de la Ley Orgánica aludida.

<sup>68</sup> Consúltense los artículos 7, 13 y 78 de la Ley Orgánica citada.

<sup>69</sup> Artículo 80 letra E inciso 12° de la Constitución.

<sup>70</sup> Artículo 80 letra G.

<sup>71</sup> Artículos 51 a 53 de la Ley Orgánica citada.

<sup>72</sup> Artículo 80 letra A y H.

<sup>73</sup> Artículo 80 letra I.

que el ejercicio de tal atribución debe ser hecho en conformidad a la Ley Orgánica Constitucional respectiva. Efectivamente, el artículo 17 de dicha ley, en su letra a), puntualiza, como emanación de esa superintendencia, la dictación de instrucciones generales para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, el ejercicio de la acción penal y la protección de las víctimas y testigos. Y la letra d) del mismo artículo es también manifestación de aquella facultad, en este caso para ejercer la potestad reglamentaria, entre otros objetivos, tratándose de fijar la forma de funcionamiento de las fiscalías y demás unidades del Ministerio, así como el ejercicio de la potestad disciplinaria correspondiente<sup>74</sup>.

Pues bien, numerosos instructivos de la Fiscalía Nacional han cumplido los objetivos enunciados<sup>75</sup>. Empero, recuerdo haber informado en Derecho acerca de la pretensión de algunos jueces de garantía en el sentido de sancionar disciplinariamente a los fiscales con ocasión de sucesos ocurridos en las audiencias de rigor<sup>76</sup>. Sostuve entonces que tal actitud judicial vulneraba la autonomía que la Constitución reconoce al Ministerio Público, en concreto, afectando en su esencia la superintendencia correccional, que le incumbe ejercer, al Fiscal Nacional, sin injerencia alguna de otro órgano estatal. Felizmente, en éste como en otros asuntos, el tiempo ha permitido resolver las divergencias, nuevamente fortaleciendo la autonomía de la Institución<sup>77</sup>.

#### IV. ÓRGANO AJENO A LA ADMINISTRACIÓN

Cierro estas breves reflexiones manifestando que, es perfectamente comprensible que este tópico guarde estrecha y esencial conexión con la autonomía del Ministerio Público.

Efectivamente, la separación de ese órgano con respecto al Poder Judicial se traduce en que, tal como éste no puede inmiscuirse en el ejercicio de las atribuciones de aquél, tampoco el Ministerio se halla habilitado para ejercer, en caso alguno, funciones jurisdiccionales. Idéntico predicamento procede ahora sostener en ligamen con la Administración, se entienda ésta en cuanto Administración del Estado o como Administración Pública, porque el Ministerio no es un servicio que satisface, de manera regular y continua, necesidades de la población. Por eso y resueltamente, declaro hallarme persuadido que no es susceptible de ser incluido en el artículo 38 de la Constitución ni en el artículo 1 inciso 2º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Tampoco comparto, por consiguiente, la tesis de quien incluye a la Institución entre los órganos de la Administración Estatal, no sólo atendido el aspecto funcional, como he dicho, sino que, más importante todavía, cuidando de no afectar la autonomía con que fue dotado por la Constitución<sup>78</sup>.

La tendencia clásica a insertar, en los tres poderes tradicionales que desempeñan la soberanía, a todos los órganos de jerarquía constitucional surgidos en el siglo XX<sup>79</sup>, entraña consecuencias graves y negativas para todas ellas, entre las cuales aparece el Ministerio Público.

Por estar vinculadas con la autonomía, dos secuelas reprochables de esa doctrina tradicional quiero mencionar en esta ocasión. En primer lugar, que concebida a la Administración del Estado en su sentido amplísimo, quedan absorbidas en ella todas las instituciones autónomas de jerarquía constitucional,

<sup>74</sup> Consúltense los artículos 7, 13 y 78 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

<sup>75</sup> Conozco tres volúmenes, con 75 instructivos, publicados por la Editorial Jurídica de Chile desde 2002 en adelante.

<sup>76</sup> "Prerrogativas Constitucionales de los Fiscales del Nuevo Ministerio Público", *La Semana Jurídica* N°27 (14-20 de marzo de 2001).

<sup>77</sup> En el mismo sentido, consúltese Alejandro Silva Bascuñán: *VIII Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002) pp. 235 ss.

<sup>78</sup> Cf. Silva Bascuñán, *cit.*, p. 212.

<sup>79</sup> Como son todos los órganos constitucionales autónomos ya mencionados en supra, II de esta exposición.

despojándoselas de personalidad jurídica y de patrimonio propio; y la segunda de tales secuelas consiste en que, de esa manera, son realzadas las facultades del Gobierno sobre aquellos órganos autónomos, influyendo en lo presupuestario y, no cabe duda, también en el ejercicio, libre pero controlado, de sus atribuciones. Por eso, considero inconsistentes y, en todo caso, insuficientes las normas legales referentes al tema<sup>80</sup>.

En conclusión y para finalizar, bien haríamos en estudiar la reforma de la Constitución francesa, efectuada el 28 de marzo de 2003<sup>81</sup>. Así es, porque en Francia, un país con el Estado más fuerte de Europa, se profundizó una descentralización efectiva, dejando a los órganos constitucionales autónomos al margen de él, es decir, como no Estado. Indudablemente, es probable que sea necesario esperar una generación, al menos, para que esos cambios comiencen a ocurrir en Chile. Pero, al fin y al cabo, útil es mencionarlos desde luego, porque refuerzan el valor de la autonomía que hemos querido demostrar en esta exposición.

---

<sup>80</sup> Artículos 73 a 77 y 90 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

<sup>81</sup> Consúltese Louis Pactet: *L'Etat* (Paris, PUF 2003) pp. 30 y 76.

## DE LA EXCLUSIVIDAD DE LA FUNCIÓN INVESTIGADORA DEL MINISTERIO PÚBLICO Y SU VINCULACIÓN CON EL QUEHACER DE LA DEFENSORÍA PENAL

**MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ**<sup>82</sup>

*Abogado*

*Asesor Externo del Fiscal Nacional*

### I. INTRODUCCIÓN

Celebrando la iniciativa del Ministerio Público y de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, agradezco al Fiscal Nacional y al Presidente de dicha Asociación la oportunidad de participar, cerrando esta Jornada Constitucional sobre temas de interés para el Ministerio Público. Me ha sido encomendada la tarea de desarrollar el tema **Exclusividad de la función investigadora del Ministerio Público y su vinculación con el quehacer de la Defensoría Penal**.

Debo comenzar recordando que, tuve oportunidad, durante el mes de septiembre de este año, de abordar el asunto en un Informe en Derecho<sup>83</sup> que me fuera solicitado por el Fiscal Nacional, el cual me sirve ahora de base para esta presentación, aunque la he adaptado y complementado atendida la naturaleza de este encuentro.

### II. JERARQUÍA Y AUTONOMÍA CONSTITUCIONALES

Antes de abordar, derechamente, el tema solicitado, resulta obligado referirse a las características más distintivas del Ministerio Público como **órgano autónomo de jerarquía constitucional**, pues sólo comprendiendo cabalmente esta naturaleza jurídica es posible pronunciarse respecto de asuntos como el propuesto. Más todavía, si no se asume en plenitud y con todas sus secuelas político institucionales y jurídicas, aquella naturaleza constitucional y autónoma **se termina rebajando la jerarquía** del Ministerio Público, **desfigurando sus potestades públicas y situándolo en una posición equivalente a la de los demás intervinientes** en el proceso penal.

Cierto es que, esta mañana, hemos tenido oportunidad de escuchar al profesor José Luis Cea Egaña formular sustantivas reflexiones acerca de la naturaleza jurídica aludida, especialmente en torno de la autonomía constitucional del Ministerio Público. Pero no está demás volver sobre el punto, pues, aún a riesgo de repetir algunos conceptos, hállese en su adecuada configuración, interpretación y aplicación **lo más decisivo** de la caracterización institucional del Ministerio Público en nuestra Constitución.

#### 1. Creación al Máximo Nivel del Ordenamiento Jurídico Interno.

**La jerarquía constitucional** de que goza el Ministerio Público lo sitúa al **mismo nivel** que los demás órganos estatales creados directamente por el Poder Constituyente, lo cual **impide homologarlo** a los

<sup>82</sup> El autor es abogado; Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesor de Derecho Político y Constitucional en la Universidad Católica de Chile, en la Universidad de Chile, en la Universidad de los Andes y en la Universidad Alberto Hurtado. Es miembro de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional.

<sup>83</sup> Publicado en el *Boletín del Ministerio Público* N° 20 ( septiembre, 2004 ) pp. 176 ff.

entes públicos originados a nivel simplemente legal y menos subordinarlo, en el cumplimiento de sus funciones, a las decisiones de estos organismos, especialmente cuando se trata de los que integran la Administración del Estado, ya que esto implicaría eliminar la jerarquía y desconocer la autonomía del Ministerio Público, la que resulta **decisiva** para que pueda desempeñar **sus funciones constitucionales y, de esta manera, contribuir a la consecución del bien común**, conforme al **artículo 1° inciso 4°** de la Carta Fundamental:

**“ Los órganos estatales se clasifican, principalmente, en constitucionales o supremos y dependientes o subordinados...**

**...Los primeros** son llamados también supremos e inmediatos, porque **están situados en el vértice superior o cima del sistema de instituciones estatales y han sido establecidos directamente por la propia Carta Fundamental**, en la cual se contemplan, además, los rasgos matrices del órgano respectivo. **Los segundos**, en cambio, son órganos mediatos en su nexos con la Carta Fundamental; y **están subordinados a los de jerarquía constitucional** porque dependen de los principios, normas y recursos que le otorgan estos últimos.

Son órganos constitucionales... el Ministerio Público... Los demás, es decir, la mayoría de los órganos públicos son subordinados, dependientes o mediatos en ligamen con la Carta Fundamental, pues su creación, organización, control y financiamiento se hallan definidos en virtud de leyes y otras disposiciones de nivel jurídico inferior...

...la doctrina extranjera se ha preocupado de pormenorizar los rasgos característicos de los órganos constitucionales, puntualizando al respecto que son tales los que reúnen, copulativamente, las notas distintivas siguientes: **Esencialidad** para la existencia del Estado Nación, aunque pueden ser sustituidos por otro; **posición máxima**, suprema o en el vértice superior de la organización estatal; **calidad de independencia recíproca y de igualdad** o paridad **con los demás órganos constitucionales**; **control** o fiscalización ejercido, como freno y contrapeso, **únicamente por órganos de la misma jerarquía y jamás por otros de posición inferior**; **participación en el ejercicio de las funciones inherentes al Poder** o Soberanía, formando la voluntad estatal y dirigiéndola al cumplimiento de los objetivos permanentes y superiores; **autonomía organizativa**, es decir, creación, estructura, competencia, financiamiento y funcionamiento trazado, de manera inmediata y directa, por la propia Carta Fundamental, debiendo la ley regular tales bases, rasgos y finalidades esenciales del órgano respectivo <sup>84</sup>.

## 2. Autonomía Constitucional

Con todo, el Ministerio Público no sólo goza de jerarquía constitucional como todos y cada uno de los órganos creados directamente por la Carta Fundamental, sino que, además, ha sido dotado de **autonomía**:

**“ Con la palabra autonomía** ocurre en la Constitución una cierta **paradoja**, puesto que ella aparece pocas veces mencionada y, sin embargo, **constituye uno de los pilares del Sistema Político, Social, Económico y Cultural** que ha configurado el Poder Constituyente de 1980.

En efecto, la autonomía que se reconoce por la Carta Fundamental, a grupos intermedios y a **órganos constitucionales, resulta indispensable para que unos y otros puedan cumplir sus fines**

<sup>84</sup> José Luis Cea Egaña: *Teoría del Gobierno* ( Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000 ) pp.40 - 42.

**específicos**, ejerciendo los derechos o ejecutando las atribuciones que el ordenamiento jurídico les reconoce. ... **los órganos estatales sin autonomía estarían subordinados al poder absoluto de uno o algunos de ellos, constituyéndose en fachada el Principio de Separación de Órganos y Funciones** y, con ello, del **Estado de Derecho**, o quedando aquel Principio y esta especie de Estado reducido a concepciones clásicas de división tripartita ya superadas.

...la autonomía **siempre supone un nivel -mayor o menor- de independencia de otros**, v. gr., en el caso de los órganos constitucionalmente autónomos, se los dota de autonomía **para excluirlos de los Órganos Constitucionales que desempeñan las funciones clásicas**, esto, la Función Gubernativa -con sus tres subfunciones, Política, Administrativa y Ejecutiva-, la Función Judicial y la Legislativa. Particularmente, en el caso del **Gobierno**, entendido éste en sentido estricto, el efecto de dotar de autonomía a un ente es **excluirlo de la Administración Pública y del control** que se ejerce sobre ella, sea que el examen se ejerza por la denominada Administración Pasiva o el que tiene carácter político <sup>85</sup>.

Por lo expuesto y perfilando la extensión de la autonomía constitucional, en cuanto ella se concreta en que el órgano respectivo queda sujeto sólo a la Carta Fundamental y a su ley orgánica:

“ ...bien puede sostenerse que **son órganos autónomos para la Constitución los organismos que presentan especiales caracteres de independencia de frente a los poderes del Estado, hallándose sometidos sólo a la Constitución Política y a la ley que conforme a ella regula su organización, funcionamiento y atribuciones** ” <sup>86</sup>

Llevado lo que acaba de expresarse al **Ministerio Público**, consta de la **historia fidedigna** de su creación que:

“ Se entiende por autonomía la potestad para dirigirse a sí mismo, sin intervención de terceros; ella tiene una dimensión funcional consistente en el **libre y expedito cumplimiento de las funciones otorgadas, y una operativa, que permite hacer cumplir las decisiones adoptadas**... La autonomía en la especie está referida a los Poderes del Estado. Este concepto fue **una de las claves** del consenso alcanzado en el estudio del proyecto, porque **es consustancial a las funciones investigadoras** que se otorgan a la nueva entidad... ” <sup>87</sup>

**En conclusión, el Ministerio Público es un órgano estatal de jerarquía constitucional**, ya que ha sido creado directamente por el Poder Constituyente, mediante la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519<sup>88</sup>; y al mismo tiempo es un ente público dotado de autonomía, vale decir, sometido nada más que al Código Político y a su Ley Orgánica Constitucional N° 19.640 <sup>89</sup>, debiendo desempeñar sus funciones con exclusivi-

<sup>85</sup> Miguel Ángel Fernández González: "Autonomía de los Grupos Intermedios y Determinación de sus Propios Fines Específicos" en *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público* (Valparaíso, Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, 1999) pp. 77 ff.

<sup>86</sup> Luis Cordero Vega: "La autonomía constitucional" en *La Semana Jurídica* N° 34 (2 al 8 de julio de 2001), p. 5.

<sup>87</sup> **Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado**, recaído en el proyecto de ley de reforma constitucional que crea el Ministerio Público, evacuado el 8 de abril de 1997, contenido en el **Diario de Sesiones del Senado**, sesión 39ª, p. 4.565.

<sup>88</sup> Publicada en el Diario Oficial el 16 de septiembre de 1997.

<sup>89</sup> Publicada en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1999.

dad, o sea, sin intervención de otros órganos estatales, sean ellos de su misma jerarquía o, con mayor razón, excluyendo a los que son de nivel simplemente legal<sup>90</sup>.

### III. FUNCIONES CONSTITUCIONALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

La jerarquía y autonomía constitucionales se justifican en las funciones que el **artículo 80° A inciso 1°** de la Constitución encomienda al Ministerio Público. Es el despliegue de estas tareas o actividades públicas, en otras palabras, lo que confiere legitimidad sustantiva al diseño moldeado por el Poder Constituyente para este órgano estatal.

En esta línea de pensamiento, tres son las funciones encomendadas por el Código Político al Ministerio Público: **Dirigir, 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; **ejercer, en su caso, la acción penal pública** en la forma prevista por la ley; y adoptar las medidas para **proteger a las víctimas y a los testigos**.

#### 3. Protección de Víctimas y Testigos y Ejercicio de la Acción Penal Pública

En sentido inverso al contenido en el artículo 80° A inciso 1° de la Constitución, al Ministerio Público le corresponde, en primer lugar, proteger a las víctimas y a los testigos, es decir, a los ofendidos por el delito, y, en caso que, como consecuencia de su ejecución, aquéllos hayan muerto, a su cónyuge, hijos, ascendiente, conviviente, hermanos y al adoptado o adoptante, conforme al artículo 108° del Código Procesal Penal:

“ Uno de los principales objetivos político - criminales del nuevo sistema de justicia criminal, declarado reiteradamente en el Mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal, es la ‘ promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos ’. Asimismo, se contempla, elevado a la categoría de **principio básico del nuevo proceso, el deber de los órganos** de persecución penal **de dar protección a la víctima** durante todas las fases del procedimiento... En fin, **se otorga a la víctima el estatus de sujeto procesal**, sin necesidad de constituirse en querellante, al mismo tiempo que **se le reconoce ‘ un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación ’** ” <sup>91</sup>.

Por ello, el primer derecho de la víctima, al tenor de lo preceptuado en el artículo 109° letra a) del Código aludido, estriba en solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia.

Por su parte y tratándose de **los testigos**, el **artículo 308° inciso 2°** del Código Procesal Penal, autoriza al Ministerio Público para que, **de oficio** o a petición de parte, adopte todas las medidas que sean procedentes para conferirles, **antes o después** de que presten su declaración, la **debida protección**. Pero, indudablemente, aquellas medidas pueden surtir efecto y operar, igualmente, **durante** la declaración, ya

<sup>90</sup> Véanse otras consecuencias negativas de aquella interpretación errada en **El Mercurio** de Santiago, lunes 19 de agosto de 2002, p. A3, a propósito de la negativa de los Ministerios de Hacienda y Planificación al arrendamiento de un inmueble por parte del Ministerio Público.

Cfr., a propósito de otros asuntos, Olga Feliú: “ Sobre sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 22 de enero de 2002, que recayó en contienda de competencia planteada por el Fiscal Nacional del Ministerio Público ” en **La Semana Jurídica** N° 72 ( 25 al 31 de marzo de 2002 ), p. 6; Guillermo Piedrabuena Richard: “ Atribuciones de los Fiscales en la nueva instrucción ” en **Ius et Praxis** Año 6 N° 2 (2000) pp. 281 - 294; y José Luis Cea Egaña: “ Posibles conflictos de atribuciones entre los Fiscales y los Jueces de Garantía ” en **La Semana Jurídica** N° 22 ( 9 al 15 de abril de 2001 ), pp. 5 - 6.

<sup>91</sup> María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle citados en infra nota 19.

que, como se recordará, **El Mercurio** de Santiago informaba, en su edición correspondiente al día 2 de abril de 2003 -página C 13-, a propósito de un juicio oral en la ciudad de Angol, que “ambos **testigos** declararán en un día aún no definido, detrás de un biombo -probablemente **disfrazados o con un pasamontañas-**, emplearán **recursos técnicos para distorsionar la voz y evitar ser reconocidos** por el público...”.

**En segundo lugar**, tratándose del ejercicio de la acción penal pública, el **artículo 53° inciso 2°** del Código señala que ella debe ser ejercida, **de oficio**, por el Ministerio Público, salvo en aquellos casos, contemplados en su artículo 54°, en que se requiere, previamente, la instancia particular, esto es, que, al menos, el ofendido haya denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía.

#### 4. Dirigir, en forma exclusiva, la Investigación

La tercera función encomendada constitucionalmente al Ministerio Público y que es, en realidad, la que justifica su creación en el máximo nivel de nuestro ordenamiento jurídico interno, consiste en que le corresponde dirigir, en forma exclusiva, la investigación de los hechos constitutivos de delito, de aquéllos que determinen la participación punible de los imputados, así como también de los que acrediten su inocencia.

##### A. Sentido y Alcance

Esbozando una explicación de la función aludida, el **artículo 77°** del Código Procesal Penal aclara que ella consiste en que el Ministerio Público practique todas las diligencias que sean conducentes para el éxito de la investigación y que dirija la actuación de la policía.

En esta perspectiva, entonces, se trata que el Ministerio Público adopte y concrete o ejecute decisiones que le permitan investigar los hechos constitutivos de delito, determinar la participación de los imputados en ellos o acreditar su inocencia:

“Que, según consta de los autos remitidos a esta Corte, el aludido conflicto derivado de **una resolución dictada por el Juez de Garantía** de Calbuco... expedida en los siguientes términos: “**Se ordena oficiar al Mayor de Carabineros de la Comisaría de Calbuco a fin de que en el evento de existir detenido en dicha dependencia comunique dicha situación no sólo al Ministerio Público de Calbuco, sino también a la Defensoría Regional de Puerto Montt...**”

Que del tenor, alcance y contenido de la resolución..., aparece como de toda evidencia que **se contiene en ella una instrucción de carácter general y futura, encaminada a determinar el modo en que la Policía debe cumplir sus funciones**. Sin embargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 87° del Código Procesal Penal, **tal forma de regulación ha quedado reservada al Ministerio Público**. Esta aseveración se ve refrendada si se considera lo prescrito en el artículo 80° de este texto legal, conforme al cual a los jueces de garantía sólo les está permitido expedir órdenes ‘para la tramitación del procedimiento’, vale decir, mandatos de índole específica o restringidos a un caso determinado o concreto<sup>92</sup>.

Desde esta perspectiva, conviene tener presente que **investigar**, conforme al sentido natural y obvio de las palabras, al que debe acudir, pues ese término no está definido en nuestro ordenamiento jurídico<sup>93</sup>, quiere decir, en su primera acepción, “**hacer diligencias para descubrir algo**”<sup>94</sup> y, en la tercera, “**aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente**”<sup>95</sup>, dando lugar a lo que

<sup>92</sup> Considerandos 2° y 3° de la sentencia pronunciada el 24 de marzo de 2004 por la Corte Suprema, reproducida en *La Semana Jurídica* N° 182 (3 al 9 de mayo de 2004) p. 5.

<sup>93</sup> Artículo 20° del Código Civil.

<sup>94</sup> *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (Madrid, Ed. Espasa, 2002) p. 879.

<sup>95</sup> *Id.*

se denomina, en el Código Procesal Penal, la **etapa de investigación**, regulada en sus artículos 166° a 258°. Trátase, por ende, de una etapa en la que el Ministerio Público recaba y examina las informaciones y antecedentes necesarios para la determinación de los hechos constitutivos de delito y la posible participación en ellos de los imputados o su inocencia, **sin** que dichos antecedentes sean constitutivos de **prueba**, según se desprende del artículo 296° de aquel Código.

## B. Origen

Con **anterioridad al nuevo proceso penal, la función de dirigir la investigación se encontraba incorporada en la facultad de conocer** las causas criminales que corresponda, **conforme al artículo 73° inciso 1°** de la Constitución, a los tribunales establecidos por la ley. Sin embargo, cuando **se decidió separar dicha función investigativa de la jurisdiccional**, resultó indispensable hacerlo en virtud de una reforma constitucional, contenida en la ya aludida Ley N° 19.519, pues se modificaba el estatuto constitucional del Poder Judicial:

“ Que, **como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía, sólo la pueden cumplir las autoridades que la Constitución establece**. El mandato de su artículo 5°, inciso primero, no admite dudas sobre el particular, sea que las autoridades jurisdiccionales a que alude se encuentren dentro o fuera del Poder Judicial. De esta manera, **a la Corte Penal Internacional el Tratado, precisamente, le otorga jurisdicción para eventualmente conocer de conflictos ocurridos dentro del territorio de la República, y que deberían ser de competencia de algún tribunal nacional. Este específico reconocimiento de potestad jurisdiccional para ser ejercida por una autoridad no establecida por nuestra Carta, entra en frontal colisión con la norma recordada, por lo que hace evidente su inconciliabilidad;**

Que, **cuando el Constituyente quiso delegar el ejercicio de una de las funciones por las que se manifiesta la soberanía, lo dijo expresamente**, como es en el caso de la delegación de la función legislativa en el Presidente de la República, autorizada por el artículo 61° de la Ley Fundamental...

Que, si bien el concepto de soberanía ha evolucionado y no es absoluto como se le concibió en el siglo XVIII, y prueba de ello es que la propia Constitución le ha señalado un límite -los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana-, **no es dable pretender que las funciones por las que se manifiesta el Poder del Estado puedan ser renunciadas**, ya sea a través de una delegación o cesión no autorizada por el Constituyente <sup>96</sup>.

Desde luego, nadie habría admitido discutir que, en el antiguo procedimiento penal, la función de investigar los hechos constitutivos de delito era una competencia reservada, exclusiva y excluyentemente, al Poder Judicial, pues integraba el haz de atribuciones de que daba cuenta el ya referido artículo 73°. No debe extrañar, en consecuencia, que el Poder Constituyente haya decidido mantener aquella función con la cualidad de exclusividad y exclusión referidas, radicándola en un nuevo órgano constitucional, como es el Ministerio Público.

Es así como, de la **historia oficial** del artículo 80° A de la Constitución, se desprende, inequívocamente, cómo, desde una **concepción inicial** donde la dirección de la investigación **no** quedaba reservada al Ministerio Público, se llegó a la actual configuración, ya que, según consta del **Mensaje**, con que el Presidente de la República dio inicio al proyecto de ley de reforma constitucional respectivo, aquella labor suprema, inicialmente, **no quedaba radicada** con caracteres de exclusividad y exclusión, en dicho órgano constitucional, pues el proyecto proponía el siguiente artículo 80° bis inciso 1° ( actual artículo 80° A ):

<sup>96</sup> Considerandos 45°, 52° y 53° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 8 de abril de 2002, Rol N° 345.

“ Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio denominado Ministerio Público, **que tendrá a su cargo la persecución penal pública** en la forma prevista en la ley. Con este propósito, **le corresponderá la investigación de los delitos...** ”.

Fundamentando aquella configuración de funciones, el Jefe del Estado señalaba en su mensaje:

“ Durante la fase de investigación, que será pública y desformalizada, **cada una de las partes deberá recopilar las pruebas y antecedentes** que les permitirán sustentar su posición durante el juicio oral ante el tribunal colegiado ”<sup>97</sup>.

Sin embargo, ya con motivo del Informe evacuado por la **Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado**, durante el primer trámite constitucional de aquella iniciativa, se acordó asignar al Ministerio Público la función de dirigir la investigación con **carácter exclusivo**:

“ La función de investigar **es privativa** del Ministerio Público, que la ejerce impartiendo órdenes directas a la policía, **lo que es otro corolario de su autonomía...**

Se dejó constancia que las atribuciones que la Constitución y la ley orgánica constitucional entreguen al Ministerio Público, en razón de su función investigadora, no importan de ninguna manera alterar el principio universalmente aceptado de presunción de inocencia: **No es el investigado quien debe acreditar que no le cabe responsabilidad penal**, sino el fiscal quien debe probar lo contrario, si es el caso ”<sup>98</sup>

Hállase aquí una **cuestión cardinal**, pues sólo su recta comprensión, en el marco de la jerarquía y autonomía constitucionales aludidas, como se verá más adelante, permite reflexionar adecuadamente en torno del tema propuesto para esta conferencia.

### C. Justificación

No es difícil encontrar la razón o fundamento del Nuevo Proceso Penal, en cuanto a configurarlo sobre la base de separar la función de dirigir la investigación, asignada al Ministerio Público, de la misión constitucional de conocer las causas criminales, juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado. Basta para ello, por una parte, recordar lo que señalaba el Presidente de la República cuando, **a fines de 1894**, proponía al Congreso Nacional el proyecto de ley que se transformaría en el Antiguo Código de Procedimiento Penal:

“ **Tres sistemas diversos se presentaban desde luego para servir de base al nuevo procedimiento** que se intentaba establecer. **El primero era el del juicio por jurados...** que es considerado como el más perfecto de los que se conocen. **El segundo, llamado juicio oral**, fue aceptado por varios países como un medio de transición del antiguo sistema inquisitivo con jueces de derecho, al juzgamiento por jurados... **El tercer sistema, que es el de la prueba, está en uso en aquellos países que por razón de sus costumbres, de la poca densidad de su población o de la escasez de sus recursos, no han podido adoptar algunos de los primeros.**

**El juicio público oral...** conserva del antiguo procedimiento el fallo por jueces de derechos, y la sentencia, motivada; pero **como el juicio por jurados**, se practican en presencia del tribunal todas las diligencias probatorias y se concede a los jueces cierta latitud para apreciarlas, confiando en

<sup>97</sup> **Diario de Sesiones del Senado** ( Anexo de Documentos ) correspondiente a la 9ª sesión, celebrada el 19 de noviembre de 1996, p. 1.054.

<sup>98</sup> **Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado** citado en *supra* nota 5, p. 4.568.

último término la resolución de las cuestiones de hecho a su conciencia ilustrada. En uno y otro sistema se **encarga la instrucción del sumario a un juez especial**, cuya misión **termina una vez que la investigación está agotada**; **no puede**, por consiguiente, **intervenir en el juicio propiamente dicho ni en la sentencia**.

**Tampoco ha sido posible dotar al país, de este segundo sistema** de enjuiciamiento criminal, **porque... el personal de jueces debería ser muy numeroso...** La sola enunciación de estas condiciones basta para convencer de la **imposibilidad de plantear este sistema en un país nuevo, de territorio tan dilatado y en que los medios de transporte son generalmente costosos y difíciles**. Esto, aparte del ingente gasto que demandarían el crecido número de jueces, el costo de sus viajes y las indemnizaciones a los peritos y testigos.

Se comprende fácilmente que **el sistema puede ser establecido en países ricos y poblados**. En Chile parece que no ha llegado aún la ocasión de dar este paso tan avanzado, y **ojalá no esté reservado todavía para un tiempo demasiado remoto...**

**Los criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa**; y menester es confesar que **las razones que aducen** en apoyo de su tesis, **son casi incontrovertibles**. **Pero para adoptar en Chile una regla diferente** se requeriría **duplicar** a lo menos **el número de jueces** en los departamentos que no tienen sino uno solo; y todavía sería preciso, para aprovechar las ventajas del sistema, que ante el juez encargado del fallo se actuara toda la prueba del plenario, circunstancia que impediría constituir en sentenciador al juez de distinto departamento...

**Todos los argumentos aducidos en contra de este sistema pueden resumirse en un solo. El juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes** en los datos que recoge. **Este convencimiento lo arrastra insensiblemente**, y aun sin que él lo sospeche, **no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado** a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, **sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario...**

**Mientras llega el día en que sea posible plantear en el país un sistema de enjuiciamiento más perfecto... ”<sup>99</sup>.**

Por otra parte, sin embargo, se lee en el Mensaje con que se inició la tramitación del Código Procesal Penal que:

“ **...los principios básicos** que deben regir el enjuiciamiento criminal en nuestro sistema jurídico. Se trata de la **especificación de contenidos de la Constitución Política de la República y de Tratados Internacionales...**

**El eje del procedimiento proyectado está constituido por la garantía del juicio previo**, es decir, **el derecho de todo ciudadano a quien se le imputa un delito a exigir la realización de un juicio público ante un tribunal imparcial...** Como **elemento integrante de esta garantía...** **el sistema oral**, a partir de la constatación de que... **es el único que permite asegurar que el conjunto de**

<sup>99</sup> Mensaje del Código de Procedimiento Penal, enviado por el Presidente de la República, don Jorge Montt, al Congreso Nacional, el 31 de diciembre de 1894.

**actos que constituyen el juicio se realicen de manera pública**, concentrada con la presencia permanente de todos los intervinientes y sin admitir la posibilidad de mediaciones o delegaciones...

...pasando del sistema de la lectura de expedientes a uno en que la percepción tanto de las pruebas como del debate de las partes se realice de forma directa, en el juicio.

Pero además de constituir una garantía, el juicio público... constituyen **un mecanismo indispensable para que la administración de justicia cumpla con las demás funciones** que la sociedad le encomienda. Una de ellas es la de **resolver los conflictos**... de un modo que sea percibido como **legítimo** por la comunidad con miras a **reforzar la confianza** de la ciudadanía en el sistema jurídico... En el mismo sentido... permitir una adecuada **socialización del trabajo del sistema judicial** y de mejorar su percepción por parte del común de la gente. En este mismo sentido... **resaltar la figura del juez** como actor del sistema institucional.

También... **un importante efecto preventivo** general... permite socializar más directamente el mensaje de que existe una respuesta estatal rigurosa a los actos que la sociedad considera inaceptables... **reafirmando ante el conjunto de la comunidad la vigencia de los valores** del sistema jurídico. También... directamente vinculado con la exigencia del juicio previo el principio que obliga a tratar al imputado como inocente mientras no haya sido dictada en su contra una sentencia condenatoria... como consecuencia directa de este principio surge la **necesidad de rediseñar el régimen de medidas cautelares** aplicables a quienes se encuentran en calidad de imputados...

...este rediseño... se base en la afirmación de **la excepcionalidad** de las mismas **y en su completa subordinación a los objetivos del procedimiento**. En cuanto a lo primero... quien es objeto de un procedimiento criminal en calidad de imputado **no debe sufrir en principio ningún detrimento respecto del goce y ejercicio de todos sus derechos individuales**...

No obstante, a partir del reconocimiento de la necesidad de proteger los objetivos del procedimiento... **se autoriza al juez para adoptar un conjunto de medidas específicas y debidamente fundadas** que restringen los derechos del imputado, cuando ello parezca **indispensable** para garantizar su comparecencia futura..., para proteger a las víctimas o para asegurar los resultados pecuniarios del juicio. Excepcionalmente, se autoriza a otras autoridades de la persecución penal para anticipar la adopción de alguna de estas medidas pero siempre sujeta su decisión al control posterior del juez.

Además, es necesario establecer **un conjunto de controles específicos** respecto de las medidas cautelares que implican formas de privación de libertad, buscando **racionalizar y limitar al máximo** su utilización... se ha diseñado un sistema de control judicial... por medio de audiencias orales, con presencia del imputado y su defensor... pueden ser provocadas cada dos meses por el imputado o su defensor y deben convocarse de oficio por el juez cada cuatro meses.

Con el mismo objetivo, se disponen **límites a la utilización de la prisión preventiva**... **un criterio de proporcionalidad** en relación con la pena posible... **se han ampliado las situaciones en que la privación de libertad deber ser excluida como medida cautelar**, en especial en aquellos casos en que se pueda esperar la aplicación de alguna de las medidas alternativas contempladas en la Ley N° 18.216..., si el legislador ha previsto la posibilidad de que un condenado cumpla su condena en un régimen de libertad asistida..., representa un contrasentido el que aún antes de emitirse tal condena, es decir, en una etapa en la cual es presuntamente inocente, deba permanecer privado de libertad. También se ha fijado un **límite máximo a su duración**... deberá cesar siempre que se cumpla la mitad del tiempo de privación de libertad.

Parece necesario destacar también la introducción a nivel de los principios básicos del sistema el de la **promoción de los intereses concretos de las víctimas** de los delitos. En virtud de éste se impone a los fiscales la obligación de velar por sus intereses y, a los jueces, la de garantizar sus derechos durante el procedimiento....

Otro de los principios generales del sistema propuesto consiste en la **aplicación directa de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos** relevantes en cuanto a la regularización del procedimiento penal... En este sentido, se trata de **resaltar la importancia de estos principios por sobre los mecanismos procesales específicos consagrados en la ley**. Los jueces deberán trabajar integrando las normas procedimentales con las de carácter constitucional e internacional, interpretando y aplicando las primeras de modo que den cumplimiento a las exigencias contenidas en las dos últimas ”.

En **consecuencia**, lo que he denominado *la cabal comprensión de la naturaleza jurídica del Ministerio Público*, en cuanto órgano de jerarquía máxima y dotado de autonomía constitucional, **no constituye**, primordialmente, **una cuestión de orden estructural**, competencial u orgánico, sino que es **uno de los fundamentos que asegura**, por una parte, el respeto de los **derechos esenciales** de quienes intervienen en el proceso penal, especialmente de la víctima, del imputado y de los testigos y, de otra, ordena, para el respeto de la **seguridad jurídica, las potestades públicas, las facultades de los particulares y el desenvolvimiento de todos** en el marco del proceso criminal.

Resultan, en otras palabras, tan en extremo **sensibles y frágiles** los derechos de las personas involucradas en un proceso de aquella naturaleza que la Constitución, en coherencia con los tratados internacionales, no puede menos que ser rigurosa, hasta el límite, **en la asignación y ejercicio** de potestades **que, siempre y sin excepción, afectan y menoscaban los derechos humanos**, como consta de la historia fidedigna del nuevo Código:

“ El Senado creyó pertinente establecer en esta norma ( el artículo 3° del Código Procesal Penal) **la entidad pública a cargo de dirigir la investigación penal**, para lo cual acordó señalar que **ésta le corresponde al Ministerio Público en forma exclusiva, en los términos del artículo 80 A de la Constitución**.

De este modo, **se obvian las eventuales dudas que podría suscitar el hecho de asegurar que una persona sólo puede ser objeto de investigación penal en los casos y bajo las circunstancias previstas en la Constitución y en las leyes**, pese a que ello se infiere de la propia Carta Fundamental, de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y de este Código <sup>100</sup>.

Si cualquiera pudiera investigar y, aún antes, adoptar decisiones indagatorias, entonces, ¿ cualquiera podría llevar a cabo conductas limitativas de derechos fundamentales como la intimidad, la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones, del secreto bancario o industrial, de las actividades sexuales, mercantiles, profesionales o académicas ? Si todo órgano estatal vinculado con el proceso penal y, por su decisión, cualquier persona puede realizar indagaciones, entonces, ¿ en qué queda la seguridad jurídica, el respeto de los derechos y garantías y, en fin, **la vigencia del Estado Constitucional y Democrático de Derecho** ?

<sup>100</sup> Emilio Pfeffer Urquiaga: *Código Procesal Penal* ( Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001 ) p. 19.

#### D. Principio de Objetividad

Cuanto viene siendo expuesto, va aclarando la posición que efectivamente tiene y debe reconocérsele al Ministerio Público en nuestro Sistema Institucional, quedando confirmado algo que ya se había adelantado: Que **este órgano constitucional no es sólo un interviniente** en el proceso penal, aunque también lo es, sino que cumple una misión de la más alta jerarquía en el Régimen Político Chileno.

Ahora bien, en el cumplimiento de esa labor suprema y para ser coherente con cuanto se ha explicado, el Ministerio Público **no puede obrar sólo como el encargado de perseguir** al imputado, sino que debe hacerlo en términos equitativos, vale decir, dirigiendo la investigación con igual celo, tanto para determinar la participación punible cuanto para esclarecer la inocencia del imputado.

Precisamente y en cumplimiento del **rol garantístico que justifica al nuevo proceso penal**, derivado de obligaciones asumidas por nuestro país en tratados internacionales que ha suscrito, se ha consagrado, también a nivel constitucional, **el principio de objetividad**, en virtud del cual el Ministerio Público **debe** dirigir la investigación de manera que ella se oriente en el doble sentido aludido hasta que se presente **la acusación**, en la cual, conforme **al artículo 259°, letra d)** del Código Procesal, se señale con precisión la participación que se atribuye al imputado en el hecho punible.

“ De acuerdo con el principio de objetividad, **consagrado tanto en la Constitución como en la ley...**

...los fiscales están obligados no sólo a indagar aquellos hechos relacionados con su propia estrategia de investigación, a partir de los antecedentes disponibles, sino también aquellos invocados por el imputado o su defensa para excluir, eximir o mitigar su responsabilidad penal ( cfr. Art. 93 c ). **En el proceso penal chileno el Ministerio Público no es una ‘ parte ’** preocupada únicamente de acumular pruebas de cargo en contra del imputado, sino que tiene como **criterio de actuación preponderante velar por la correcta aplicación de la ley penal ”.**<sup>101</sup>

Por ello y respetando lo dispuesto en la Constitución, tanto en lo relativo a la exclusividad de la investigación como en relación con el principio de objetividad, el artículo 3° del Código Procesal Penal, bajo el epígrafe **exclusividad de la investigación penal**, reitera ambos principios y, complementándolo, su **artículo 77°**, relativo a las **facultades** del Ministerio Público, expresa que:

“ **Los fiscales** ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito **practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación** y dirigirán la actuación de la policía, **con estricta sujeción al principio de objetividad** consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público ”.

En nexo directo con lo anterior, el **artículo 3°** de la **Ley N° 19.640**, Orgánica Constitucional del Ministerio Público<sup>102</sup>, explica que:

“ **En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo**, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, **deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen ”.**

<sup>101</sup> María Inés Horwitz Lennón y Julián López Marle: *I Derecho Procesal Penal Chileno* ( Santiago, Ed. Jurídica, 2002 ) p. 453.

<sup>102</sup> Publicada en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1999.

Por ello, el principio de objetividad, contenido en el artículo 80° A de la Constitución, constituye **la regla fundamental** conforme a la cual debe obrar el Ministerio Público en su tarea de dirigir las investigaciones:

“ En virtud de este principio, y en relación con la garantía de defensa del imputado, se podría exigir a lo menos tres cosas: en primer lugar, **el Ministerio Público debería estudiar durante su investigación, todas aquellas hipótesis de hecho que eximan, extingan o atenúen la responsabilidad penal** del imputado, siempre y cuando se trate de hipótesis serias argumentadas por la defensa, con el objetivo de confirmarlas o descartarlas.

En segundo lugar, este principio debiera imponer un **deber de lealtad** hacia la defensa, en el sentido que **el Ministerio Público no deberá ocultar antecedentes** arrojados por la investigación, así como tampoco demorarse en mostrar sus cartas para los efectos que la defensa pueda prepararse adecuadamente.

En tercer y último lugar, **el Ministerio Público debe actuar de buena fe** durante todo el desarrollo del proceso, de manera que se cumpla con el mandato constitucional de desarrollar una investigación y un procedimiento racionales y justos.

... **No obstante el Ministerio Público detentar la potestad exclusiva de la investigación**, en virtud de este criterio objetivo, **deberá acceder a la práctica de diligencias propuestas por la defensa** a fin de lograr un esclarecimiento de los hechos de la investigación, sólo en la medida que sean conducentes y útiles para lograr tal establecimiento.

En este sentido, **la Fiscalía Nacional en su Instructivo N° 12**, a propósito de la solicitud de diligencias por parte del imputado, ha dicho que la ponderación acerca de si acepta o no la solicitud del imputado para la práctica de la diligencia, **‘ debe hacerse no sólo desde el punto de vista desfavorable al imputado, sino que también desde el punto de vista que lo favorezca**, conforme al principio de objetividad que se establece en el artículo 80° A de la Constitución y en numerosas disposiciones del nuevo Código Procesal Penal<sup>103</sup>.

**En consecuencia**, el Ministerio Público es el **único** órgano constitucionalmente habilitado para dirigir la investigación, sin que puedan otros intervinientes en el proceso penal ejecutar labores en ese sentido, en desconocimiento de la jerarquía y autonomía de dicho Ministerio, el cual debe actuar, en la ejecución de esta tarea, conforme al **principio de objetividad**.

## E. Limitaciones

Delineada en los términos expuestos, la función constitucional del Ministerio Público en orden a dirigir, en forma exclusiva las investigaciones, sin embargo, no es -ni podría ser-, conforme al artículo 7°, inciso 2° de la Constitución, una potestad absoluta o de extensión ilimitada.

En efecto, ya se comprende que aquella potestad **se refiere nada más que a las indagaciones que tienen por objeto la averiguación de los hechos constitutivos de delito**, así como de la participación de los responsables en su ejecución, sin que pueda abarcar y tampoco impedir que otros entes, públicos o privados, desarrollen también sus propias investigaciones en ámbitos, asuntos o materias distintas.

<sup>103</sup> José Luis Camps Séller: *La Defensa del Imputado* ( Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2003 ) pp. 60 - 62.

Surgen aquí las que se han denominado **investigaciones paralelas**, esto es, las indagaciones, realizadas por una entidad distinta del Ministerio Público, que persiguen determinar un delito o la participación punible de una persona en él o que buscan acreditar la inocencia del imputado.

Desde luego, aquella especie de investigaciones vulnera la exclusividad constitucionalmente conferida al Ministerio Público y, lo que es más grave, **impide que el Juez de Garantía pueda cautelar** cabalmente los derechos del imputado y de terceros eventualmente afectados por esas averiguaciones, confirmando, de esta manera, por qué se ha atribuido su dirección nada más que al Ministerio Público, constituyéndose así en **garantía dentro del nuevo proceso penal**.

Sin embargo, **no** cabe incluir en aquella hipótesis, inconstitucionalmente, **otras investigaciones** que se desenvuelven, **sin efecto jurídico vinculante** en materia penal, aun cuando pueden suscitarse, en principio, dudas al respecto, como he tenido oportunidad de prevenir:

“ En este sentido, sin embargo, cabe tener presente que la investigación, que queda reservada al Ministerio Público, es nada más que aquella que se vincula con los hechos constitutivos de delito y para hacer efectiva la responsabilidad penal, por lo que la exclusividad **no obsta a que otros órganos estatales y aún los particulares puedan llevar a cabo indagaciones acerca de cuestiones diversas**, es decir, que no tengan por finalidad la averiguación y determinación de hechos constitutivos de delito, como ocurre, por ejemplo, con las Ramas del Congreso Nacional en el desenvolvimiento de la acusación constitucional; o cuando se trata de **hechos que dan origen a responsabilidades diversas**, v. gr., de carácter administrativo, donde **la investigación puede ser llevada a cabo**, en conformidad a la ley, **por distintos órganos, cada uno en la esfera de su competencia**.

Sin embargo, no resulta aventurado imaginar que esta disposición originará conflictos de competencia, pues no será extraño, por ejemplo, que órganos fiscalizadores de la Administración, como las Superintendencias o la Contraloría General de la República se encuentren desarrollando una investigación, inicialmente radicada en sus respectivos ámbitos de competencia, pero que aparezca, en su secuela, la posibilidad de un delito, lo cual fuerza a sostener su abstención inmediata a favor del Ministerio Público. Asimismo, quedarán más en evidencia lo violatorias de derechos fundamentales que son algunas metodologías empleadas por entes fiscalizadores cuando llevan a cabo sus procedimientos utilizando elementos que sólo pueden emplearse por quien indaga criminalmente, como el interrogatorio de ejecutivos o la incautación de documentos. En este contexto, los órganos fiscalizadores de la Administración deberán **dar cabal cumplimiento** a los principios y normas contenidas en la **Ley N° 19.880** sobre Procedimiento Administrativo ”<sup>104</sup>.

En otras palabras, reservar la dirección de la investigación penal al Ministerio Público no excluye las indagaciones que otros órganos del Estado o los particulares, como los medios de comunicación social, lleven a cabo en ejercicio de las potestades legales que se hayan conferido a los primeros o en el desenvolvimiento del derecho fundamental a la libertad de expresión por parte de los segundos, aunque ciertamente unos y otros deben obrar con respeto de la Carta Fundamental:

“ **El derecho fundamental a la libertad de información** no puede restringirse solamente a la comunicación objetiva y aséptica de hechos, el derecho **incluye también la investigación de la causación de hechos**, la formulación de hipótesis posibles en relación con esa causación, la valoración probalística de esas hipótesis y la formulación de conjeturas sobre esa posible causación, tal como lo ha sostenido la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Barthold*...

<sup>104</sup> Miguel Ángel Fernández González: **Cuestiones Constitucionales en torno del Código Procesal Penal** ( Santiago, Universidad de Los Andes, Documento de Trabajo N° 57, 2003 ).

En el caso de los profesionales de la información (periodistas, reporteros), el derecho de informarse no consiste únicamente en no tener impedimentos para obtener información, sino que constituye un derecho positivo consistente en **tener acceso a las fuentes** de información para luego informar al público...

El derecho a informarse obliga a los Estados y sus órganos y organismos a **no realizar actos y conductas u omisiones destinadas a evitar o limitar la libre recepción** de la información de carácter público, de relevancia pública o destinada al público, como asimismo, **el deber de promover** las condiciones que posibiliten su pleno ejercicio, eliminando los obstáculos o trabas factuales, jurídicas o conductuales que afecten o entorpezcan a través de limitaciones, controles o formalidades desproporcionales o irrazonables a la recepción de la información.

Un tercer aspecto que **es necesario distinguir**, es aquel que se refiere a la **búsqueda de informaciones referentes a hechos, actos o comportamientos relacionados con personas o instituciones privadas que evitan mostrarlos al público**, en tal caso estamos ante el ámbito de **una investigación de facto que no tiene protección como derecho constitucional**, en el mejor de los casos estaremos ante una actividad lícita. Sin embargo, esta licitud desaparece y la investigación se convierte en antijurídica e ilegítima si lo buscado es información respecto del ámbito reservado a la vida privada o a la intimidad de la persona, lo que se encuentra protegido constitucionalmente por el artículo 19° N° 4 de la Constitución, como asimismo, por la ley N° 19.628 de 1999 sobre protección de la vida privada y la utilización de datos sensibles o integrantes de la intimidad de las personas <sup>105</sup>.

**En consecuencia**, no cabe argumentar, en contra de la recta aplicación del artículo 80° A de la Constitución, sobre la base que, con la interpretación aquí explicada, se impide la labor que despliegan los medios de comunicación social, pues las indagaciones que estos realizan no constituyen investigaciones paralelas, ya que si llegaran a adquirir ese carácter serían claramente inconstitucionales. Sostener lo contrario puede ser apreciado, hoy en día, con cualidad benévola, pues aumenta el ejercicio de la libertad de expresión y favorece el control que corresponde a los medio de comunicación del ejercicio de las funciones públicas, situándose en una hipótesis políticamente correcta. Lo contrario, más controversial y ciertamente más difícil de configurar adecuadamente, es sostener que el ejercicio de aquella libertad no es absoluto y que reconoce limitaciones, sean ellas constitucionales, como el respeto y promoción, preventivo, de los derechos fundamentales<sup>106</sup>, o de carácter ético.

Con todo y en relación con lo primero, los límites constitucionales, y de frente, precisamente, al periodismo de investigación, la Corte Suprema ha resuelto que:

"...en términos sucintos, **a la primera etapa de acopio de antecedentes o pesquisa encargada a un periodista** o reportero, sigue la de su realización o redacción donde se da forma a su contenido; para terminar posteriormente con su publicación a decidirse por los responsables del medio o su Director y la definición de su texto final. Entonces, **la sola indagación o pretensión de entrevista que se enmarca en la primera fase** señalada, sin más antecedentes que los entregados en el recurso, **no permite atribuir algún carácter real a la publicación** del reportaje a que aquella se oriente, ni menos suponer que irrogará amenaza alguna de lesión o daño a terceros en los términos que se anuncian. Y sólo esto bastaría para desestimar el recurso"<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> Humberto Nogueira Alcalá: *El Derecho a la Libertad de Opinión e Información y sus Límites* (Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2002) pp. 27 - 28 y 35 - 36.

<sup>106</sup> Miguel Ángel Fernández González: " Libertad de Expresión, Censura Previa y Protección Preventiva de los Derechos Fundamentales ", publicado en *XXVIII Revista Chilena de Derecho* ( Santiago, Universidad Católica de Chile, 2001 ) pp. 383 - 400.

<sup>107</sup> Considerando 4° de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 3 de noviembre de 1998, reproducido en José Luis Cea Egaña: *El Derecho Constitucional Chileno* ( Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004 ) p. 367.

Sin embargo, **cuando la indagación ya fue realizada** por el medio de comunicación social y se prevé, con certeza y precisión, el daño que provocará difundirla, la misma Alta Magistratura ha señalado:

“ Que apreciados en conciencia los antecedentes precedentemente mencionados, tal como lo faculta el auto acordado de la Corte Suprema sobre el recurso de protección, cabe concluir que la amenaza inminente de exhibir la entrevista al procesado... por parte de Televisión Nacional de Chile en el programa *Mea Culpa*, constituye una intimación ilegal, que **afecta, los derechos constitucionales** antes señalados en perjuicio de la recurrente, grupo familiar y propio procesado y afecta además, como se señaló al derecho **a la presunción de inocencia** que asiste a éste, **puesto que incide en un proceso criminal que se encuentra en estado de sumario, no decidido por la justicia**, debiendo, en consecuencia, resolverse que, en el caso de autos, concurren las exigencias de artículo 20° de la Constitución para que la recurrente pueda ejercer la protección invocada ”<sup>108</sup>.

En fin y comprendiéndose que este **asunto complejo y casuístico** no se resuelve nunca en términos definitivos, dable es reconocer que su adecuada solución no se encuentra en el Derecho Positivo ni, definitivamente, en estrados judiciales, sino que en el **desenvolvimiento riguroso** de la labor que despliegan los medios de comunicación social, “ porque el ejercicio del derecho de expresión -como dice Emilio Filippi- está **limitado por la discreción** que dice lo que debe y calla lo que debe callar... Como cualquier derecho está limitado por el derecho ajeno, por el bien común y por circunstancias que indican la oportunidad, la prudencia y el buen juicio ”<sup>109</sup>.

**En consecuencia**, las indagaciones realizadas por los medios de comunicación social, siempre con pleno respeto de los derechos fundamentales, consistentes en la búsqueda de informaciones **no tienen por finalidad investigar**, en los términos del artículo 80° de la Constitución, es decir, determinar la participación punible o acreditar la inocencia del imputado, **sino que obtener informaciones veraces, en asuntos de interés general y no sujetos a reserva, para transmitirlos al público**; y **tampoco tienen fuerza jurídica vinculante** para el Ministerio Público o los Tribunales establecidos por la ley. En cambio, **una investigación paralela** no persigue aquel objetivo informativo, sino que, precisamente, **tiene por finalidad alguna de aquellas finalidades que el artículo 80° A de la Constitución reserva al Ministerio Público**, sin que exista el adecuado control preventivo, como ya se ha dicho, de que se ejecuten conforme a la Constitución y a las leyes, pretendiendo dirigir la decisión judicial.

Por esto, el **artículo 70°** del Código Procesal Penal, en armonía con lo preceptuado en el artículo 80° A inciso 3° de la Constitución, en relación con el **principio básico** contemplado en el artículo 9° de aquel cuerpo legal, confiere al **Juez de Garantía** la obligación de velar porque la investigación del Ministerio Público se lleve a cabo con apego a la Carta Fundamental, particularmente en lo que se refiere al respeto de los derechos asegurados en la Constitución. De manera que si otro órgano estatal, sin competencia para ello, o cualquier particular realizan indagaciones por sí mismos, sin requerirlas al Ministerio Público, a través del procedimiento legal que se verá enseguida, pueden verse afectados derechos de las personas, como la privacidad o la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas, sin que dichas decisiones sean susceptibles de ser controladas por el Juez, quedando exentas de control preventivo, lo cual resulta inconsistente con el Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

<sup>108</sup> Considerando 5° de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Copiapó el 19 de octubre de 1998, confirmada por la Corte Suprema el 26 de noviembre del mismo año, reproducido en José Luis Cea Egaña citado en **supra** nota 25, pp. 365 - 366.

<sup>109</sup> Emilio Filippi Murato: **La Profesión de Periodista. Una Visión Ética** ( Santiago, Ed. Atenea, 1991 ) pp. 94 y 132.

#### IV. ADECUADO EJERCICIO DEL DERECHO A DEFENSA

Visto ahora cuanto viene siendo explicado, es decir, la decisión constitucional de haber radicado la exclusividad para dirigir la investigación en el Ministerio Público y el deber de éste en orden a obrar conforme al principio de objetividad, desde el ángulo de la defensa, se corrobora el diseño dispuesto por el Poder Constituyente.

##### 5. Confirmación en el Código

Efectivamente, el **artículo 8°** del Código Procesal Penal, que contiene otro de los **principios básicos** del nuevo Código, se ocupa, precisamente, de determinar el **ámbito de la defensa**, señalando que “ el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra ”, añadiendo que:

“ **El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones** que considerare oportunos, así como **a intervenir en todas las actuaciones** judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, **salvas las excepciones expresamente previstas** en éste ”.

En coherencia con lo anterior, el **artículo 104°** del mismo Código aplica lo expuesto al defensor, quien “ **podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado**, a menos que expresamente se reservare su ejercicio a este último en forma personal ”.

Por ello y **no podía ser de otra manera**, el **artículo 93°** del Código Procesal Penal **cierra definitivamente** el asunto al señalar, entre *los derechos y garantías del imputado*, que está facultado para:

“ c) **Solicitar de los fiscales diligencias de investigación** destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen ”.

No se olvide, en este punto específico, que, durante la tramitación del proyecto de Código Procesal Penal en el Senado, confirmando que la única vía a través de la cual la defensa puede requerir la realización de diligencias de investigación es solicitándolo al Ministerio Público:

“ ...se rechazó la indicación del H. Senador señor Fernández, **de carácter supresivo**, pues esta letra se relaciona con la facultad del juez para disponer la realización **de diligencias solicitadas oportunamente al Ministerio Público** y rechazadas por éste... ” <sup>110</sup>

Por ende, **no corresponde a la defensa**, sea ésta ejercida por el imputado personalmente, por la Defensoría Penal Pública o por abogados particulares, **durante la etapa de investigación, la ejecución de actividades tendientes a investigar** ni comisionar su ejecución a terceros, tales como investigadores privados o ex policías, pues se trata de una función estatal reservada, exclusivamente, por la Carta Fundamental al Ministerio Público, en razón de la autonomía de que goza, la cual debe ser ejercida conforme al principio de objetividad.

<sup>110</sup> Emilio Pfeffer Urquiaga citado en *supra* nota 18, p. 117.

## 6. Ley de la Defensoría Penal Pública

A la misma conclusión se arriba al revisar la **Ley N° 19.718**<sup>111</sup>, la cual **no contiene disposición alguna que autorice a la Defensoría Penal Pública para realizar**, por sí o por terceros, directa o indirectamente, salvo requiriéndolo al Ministerio Público en los términos ya expuestos, **labores de investigación**:

“ Por múltiples razones, largamente expuestas y discutidas en la dogmática procesal, que no corresponde reproducir, **se confía en el proyecto al Ministerio Público, en forma exclusiva, la tarea de dirigir la investigación de los delitos...**

Así, se configura un efectivo régimen acusatorio, caracterizado, no sólo por la separación absoluta de los órganos encargados de las funciones de acusar y sentenciar, sino por la exigencia de una acusación previa, para que tenga lugar el proceso... ”<sup>112</sup>.

En este contexto, el **artículo 2°** de aquella ley señala que **la finalidad de la defensoría** es “ **proporcionar defensa penal a los imputados o acusados** por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado ” y **no se incluye**, entre las atribuciones que se confieren al Defensor Nacional, en su artículo 7°, o a los Defensores Regionales, en su artículo 20°, la de investigar o disponer actos de investigación.

Por ende, si la Defensoría abraza en sentido contrario se estaría atribuyendo potestades que no le han sido conferidas expresamente, por la Constitución ni por la Ley, con lo cual hacerlo es **vulnerar** lo preceptuado en el **artículo 7° inciso 2°** de la Carta Fundamental. Por ello, los actos así ejecutados, adolecen de **Nulidad de Derecho Público**, de acuerdo al inciso 3° de aquel artículo **Base de la Institucionalidad**.

Ciertamente que podrá discreparse, por algunos, de este diseño, pero corresponde al que ha definido el Poder Constituyente y que ha seguido el legislador en el conjunto de cuerpos legales vinculados con el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Criminal:

“ En el mismo sentido, Cristián Riego, autor del Informe Comparativo de la primera versión de ese estudio, advierte que en todos los casos se observa que el trabajo de los defensores no se extiende más allá de la presencia de un defensor en las actuaciones principales del procedimiento. ‘ Salvo excepciones muy limitadas en cuanto a su cobertura ’, puntualiza Riego, ‘ **los sistemas de defensa pública no cuentan con la posibilidad de realizar investigaciones paralelas ’ ... ”.**<sup>113</sup>

Concretamente, **cuando la Defensoría Penal Pública realiza actuaciones de investigación**, directamente o por medio de terceros, como encargar informes a investigadores privados o ex policías, durante la etapa de investigación, **está ejecutando un acto que le ha sido expresamente atribuido** por la Carta Fundamental o la ley a otro órgano del Estado, creado y situado, con cualidad de autónomo, en la máxima norma de nuestro ordenamiento jurídico interno, como es el Ministerio Público, sin que una actuación inconstitucional de aquella naturaleza pueda quedar cautelada por el secreto profesional del abogado defensor y, más aún, adoleciendo de Nulidad de Derecho Público.

<sup>111</sup> Publicada en el Diario Oficial el 10 de marzo de 2001 y sus reformas.

<sup>112</sup> Raúl Tavolari Oliveros: **El Proceso en Acción** ( Santiago, Ed. Libromar Ltda. 2000 ) p. 571.

<sup>113</sup> Fernando Santelices Ariztía: “ Una Pausa sobre las Defensas Públicas ” en **La Semana Jurídica** N° 177 ( 29 de marzo a 4 de abril de 2004 ) p. 15.

## 7. Relación con el Derecho a Defensa

Necesario resulta ocuparse, aunque sea brevemente, de este derecho fundamental, pues puede argumentarse, por los defensores, que su ejercicio cabal exige la realización de actividades de investigación ajenas o paralelas y, aún, en desconocimiento, de las que lleva a cabo el Ministerio Público.

### F. Norma Constitucional

El derecho a la defensa, como es bien sabido, se encuentra asegurado a todas las personas en el artículo 19° N° 3° inciso 2° de la Constitución, y consiste en “ la posibilidad de **sostener argumentalmente las respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular** en apoyo de las suyas ”<sup>114</sup>.

Analizando lo asegurado a todas las personas en el **artículo referido** se desprende que:

- El **derecho a defensa jurídica** hace realidad el amparo o protección de los derechos subjetivos<sup>115</sup>, sea que esa defensa se efectúe personalmente por el titular del derecho o por medio de un abogado;

- El derecho en análisis no puede ser **impedido, restringido** o siquiera **perturbado**, es decir, el ejercicio de la defensa jurídica no puede ser imposibilitado, reducido o molestado, pues debe realizarse **sin más exigencias que el cumplimiento a la forma dispuesta por la ley**, puesto que no existen los derechos absolutos;

- Por ello, en el ejercicio de la defensa, el letrado debe ceñirse al acatamiento de los **deberes** propios de su actividad con lo cual el carácter **debido** de la defensa jurídica exige del letrado el respeto de las normas de Derecho Positivo que regulen sus obligaciones, pero **también de los deberes que van más allá de las formalidades impuestas por la ley**, los cuales integran su esfera de ética profesional; y

- Finalmente, el derecho a la defensa **debe ejercerse en la forma que señala la ley**.<sup>116</sup>

De singular relevancia se vuelven estas ideas, particularmente en el ejercicio del derecho a la defensa **en conformidad a la ley**, respecto de lo cual consta en las **Actas de la Comisión de Estudio** que:

“ El señor **Ovalle**... cree que, de todas maneras, se subentiende que la expresión *debida* implica que **el legislador será quien regulará la participación del abogado en el proceso**.

El señor **Silva Bascuñán** deja constancia que es el autor de la indicación para agregar la palabra *debida* en este inciso y que la entiende en el sentido indicado por el señor Ovalle y que nunca le ha cabido duda de ninguna especie ”.<sup>117</sup>

De manera que **la Constitución encomienda al legislador complementar y regular el ejercicio del derecho a defensa**:

<sup>114</sup> Joan Picó y Junoy: **Las Garantías Constitucionales del Proceso** (Barcelona, Ed. Bosch, 1997) p. 102.

<sup>115</sup> **Diccionario** citado en *supra* nota 12, p.474.

<sup>116</sup> **Id.**, p.695. Véase la **Ley N° 18.120**, sobre comparecencia en juicio, publicada en el Diario Oficial el 18 de mayo de 1982 y sus reformas.

<sup>117</sup> **Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución**, sesión 112ª, pp. 9 - 10.

“ **Esa defensa jurídica se reconoce, pero en la forma que señale la ley.** Se remite la disposición constitucional, por ende, a las normas que establezca el legislador, trazando una reserva legal fuerte. Tales normas se encuentran en el Código de Procedimiento Civil y Código Procesal Penal, especialmente<sup>118</sup>.

Efectivamente, el Poder Constituyente ha dispuesto **que sea el legislador el encargado de regular el ejercicio del derecho a defensa**, sin que haya impuesto un ejercicio único y rígido para todos los procedimientos dispuestos por la ley:

“ Que, la Constitución establece que, en ciertos casos, la regulación de algunas materias por parte del legislador no debe tener la misma amplitud y profundidad que otras. Es por ello que hay casos en que **la fuerza de la reserva legal puede ser calificada de absoluta o relativa**. En este último caso, incumbe un mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo las bases, criterios o parámetros generales que encuadran el ejercicio de aquella potestad. Ello ocurre cada vez que la Constitución emplea expresiones como ‘ con arreglo a la ley ’, ‘ de acuerdo con las leyes ’, ‘ con sujeción a la ley ’, ‘ de acuerdo a lo que determine la ley ’ o ‘ en conformidad a la ley ’, v. gr. en los artículos 10° N° 4°; 24° inciso segundo; 32° N° 22°; 87° y 94° de la Constitución en vigor<sup>119</sup>.

**En suma**, el ejercicio del derecho a defensa, asegurado a todas las personas en el artículo 19° N° 3° inciso 2° de la Constitución, **debe realizarse por el letrado en la forma dispuesta por la ley**, sin que exista una regla de actuación predeterminada para todos los procedimientos, sino que **permitiéndole al legislador obrar con libertad, pero dentro de lo preceptuado por la Carta Fundamental** y sin que, en su regulación pueda afectar la esencia del derecho a defensa o impedir su libre ejercicio.

### G. Regulación en Materia Penal

Llevado el ejercicio del derecho a defensa a la sede penal, el Código Procesal del ramo se ocupa de ello, dando cumplimiento al mandato constitucional, a propósito de los derechos y garantías del imputado y en sus artículos 102° a 107°. Hállase **aquí la forma** dispuesta por el legislador para ejercer el derecho a defensa en el proceso criminal.

Más concretamente el derecho a defensa, en lo relativo a los **elementos que sirven para acreditar la inocencia** del imputado, **se ejerce en forma distinta según la etapa del proceso penal en que se lleve a cabo**, ya que la manera de su ejercicio depende de si el asunto se encuentra en fase **de investigación o ya sometido al juicio oral**, rigiéndose en la primera etapa referida conforme a la disposición constitucional que ha reservado la investigación al Ministerio Público y al ya explicado principio de objetividad<sup>120</sup>.

Así, **mientras en la etapa de investigación el derecho a la defensa se ejerce en los términos del artículo 93° letra c)** del Código, o sea y respetando la exclusividad del Ministerio Público para dirigir la investigación, solicitándole a los Fiscales que practiquen las diligencias respectivas; ya situados en el **juicio oral, el artículo 314°** se encarga de aclarar que “ el Ministerio Público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que estos fueren citados a declarar al juicio oral, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito ”:

<sup>118</sup> José Luis Cea Egaña citado en *supra* nota 25, p. 144.

<sup>119</sup> Considerando 26° de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 26 de abril de 1997, Rol N° 254.

<sup>120</sup> Juan Cristóbal Núñez Vásquez: *I Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral* ( Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001 ) pp. 201 - 202.

“ A diferencia del sistema procesal inquisitivo, en el sistema que ahora abordamos, **el imputado tiene la calidad de sujeto** dentro del proceso, **reconociéndole la garantía de la defensa** en términos amplios. **La amplitud de dicho reconocimiento en cada etapa del procedimiento (investigación y juicio oral) varía según el ordenamiento.**

**En la etapa de investigación, la garantía en estudio podrá verse razonablemente limitada en muchas ocasiones**, con el objeto de no entorpecer la eficacia de la investigación del hecho punible, **lo que se compensa** entre otras cosas, y como acabamos de sostener, **con la circunstancia que la prueba que debe servir de base a la sentencia**, es aquella que **se practica durante el desarrollo del juicio oral**, sin que entonces, las fuentes de prueba reunidas durante la etapa de investigación tengan valor en la medida que no se incorporen en el juicio oral, momento en que la garantía de defensa adquiere plena vigencia, permitiéndole al acusado, rebatir la acusación y las pruebas aportadas en su contra <sup>121</sup>.

**En consecuencia**, resulta del todo diferente la actividad que puede desplegar, con sujeción a la Constitución y a la ley, la defensa en una y otra etapa del proceso, lo cual **aparece** consistente con la diversa naturaleza de aquellas etapas, respecto de la primera de las cuales no hay duda que se trata de:

“ ...una fase meramente preparatoria, es decir, cuyo único sentido es el de **permitir a los órganos que tienen a su cargo la persecución penal** preparar adecuadamente su presentación en el juicio, así como tomar las decisiones que determinarán el curso posterior del caso, en especial aquellas relativas a su continuación o terminación anticipada.

**...el nuevo sistema de investigación no tiene carácter probatorio**, todos los actos que durante él se desarrollen, y que de algún modo puedan contribuir al esclarecimiento del caso, sólo tienen un valor informativo... **pero no se constituirán en elementos de prueba** susceptibles de ser valorados en la sentencia, en tanto no sean producidos en el juicio oral...

Esta característica representa una diferencia substancial con el actual sumario criminal. En este, según hemos visto, los datos recopilados por el juez del crimen constituyen pruebas y pueden ser valorados sin ningún problema en la dictación de la sentencia definitiva...

...completamente desformalizada... si lo que se acumula durante esta fase no tiene valor probatorio alguno mientras no sea presentado en el juicio oral, no deben existir consecuencialmente reglas rígidas para proceder a esta acumulación de información...

**...la desformalización de la investigación significa que todas estas actividades dejan de ser desarrolladas por un órgano judicial** que actúa de acuerdo a una cierta ritualidad prevista en la ley **y pasan a ser efectuadas por órganos de carácter administrativo, como es el Ministerio Público** y las policías... <sup>122</sup>.

A mayor abundamiento, si la Defensa obrara con iniciativa, para acreditar la inocencia del imputado y no para desvirtuar lo probado por el Ministerio Público, **estaría precisamente lesionando el principio de presunción de inocencia**, contemplado en el **artículo 4º** del Código Procesal Penal, que hoy en la mañana nos ha explicado el profesor Humberto Nogueira.

<sup>121</sup> José Luis Camps Sèller citado en *supra* nota 21, p. 26.

<sup>122</sup> Mauricio Duce Julio y Cristián Riego R.: *I Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal* ( Santiago, Universidad Diego Portales, 2002 ) pp. 116 -117.

“ Por lo mismo, en el proceso penal, **el primer movimiento incumbe a la acusación** y, al estar la inocencia asistida por el postulado de su presunción hasta prueba en contrario, esa prueba contraria debe aportarla quien niega aquélla formulando la acusación.

Ello no excluye, por cierto, el derecho del imputado a acreditar su inocencia mediante la introducción de **pruebas de descargo** <sup>123</sup>.

**Por ende, el derecho a defensa tiene por finalidad sostener los argumentos propios y rebatir los de la contraria, debiendo incluirse en aquel derecho la capacidad para acreditar las alegaciones o desvirtuar las que formule la contraparte, en la oportunidad procesal correspondiente, y conforme a la regulación que, al efecto, haya dispuesto la ley.**

Así, cuando la defensa del imputado practica por sí misma o encomendando a terceros, sin solicitarlo y en desconocimiento del Ministerio Público y del Juez de Garantía, actos reservados a quien dirige la investigación, **vulnera el derecho de defensa** y no puede escudarse en éste para desarrollar un acto inconstitucional e ilegal. Más aún, si se aduce el secreto o la confidencialidad para amparar aquella conducta, pues en este caso, no sólo se lesionan las atribuciones constitucionales del Ministerio Público, sino que **también las de los tribunales**, vulnerándose el artículo 73° de la Carta Fundamental, que les encomienda, también en forma exclusiva, el conocimiento de las causas criminales para poder resolverlas y hacer ejecutar lo así juzgado, poniéndose en riesgo, en fin, los derechos que ella asegura a todas las personas.

## 8. Procedimiento para Requerir Diligencias

Finalmente, y recapitulando, el imputado o su defensor pueden, durante la etapa de investigación solicitar la práctica de diligencias, conforme al derecho que le confiere el artículo 93° letra c) del Código y para hacerlo el **artículo 183°** del Código Procesal Penal **dispone cómo se lleva a efecto el requerimiento planteado al Ministerio Público.**

Frente a dicha solicitud, **el Fiscal puede ordenar que se lleven a efecto las diligencias, siempre que las estime conducentes**; o puede negarse, ante lo cual el imputado tiene la facultad de **reclamar ante las autoridades del Ministerio Público**, con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia.

Cabe aquí advertir, desde luego, que la fórmula adoptada por el legislador para resolver el conflicto es consistente con la autonomía constitucional del Ministerio Público y da cuenta cabal de su jerarquía máxima, no pudiendo ser calificado, aunque también lo es, de un interviniente más en el proceso penal.

Por último, debe tenerse presente que, explicando el sentido y alcance del artículo 183°, el Fiscal Nacional, en ejercicio de la potestad reglamentaria que emana de la autonomía constitucional del Ministerio Público, ha dictado, en el año 2000, el **Instructivo General N° 12.**

Surge nítido, **en consecuencia**, que, si bien la formulación original de la función investigativa estuvo por permitir a todos los intervinientes en el proceso penal que indagaran, se terminó reservando dicha función al Ministerio Público, ya que este órgano no sólo interviene en el proceso penal, sino que lo hace en su carácter de órgano constitucional y autónomo, lo cual es confirmado, sin excepciones, por la

<sup>123</sup> José Alejandro Martínez Ríos: “ Reflexiones sobre la Prueba en el Proceso Penal Acusatorio ” en **Derecho Mayor** Año II N° 2 (Temuco, Escuela de Derecho de la Universidad Mayor, 2003 ) pp. 106 - 107.

legislación complementaria. De ello se colige que, si otro órgano estatal desarrolla labores de investigación penal, sus actuaciones adolecerán de Nulidad de Derecho Público, conforme a lo preceptuado en el artículo 7° de la Constitución.

Termino esta exposición reiterando mis felicitaciones a los organizadores de este Seminario, agradeciendo al Fiscal Nacional y a sus magníficos colaboradores y colaboradoras e instando porque estas actividades en las que, en el fondo, se estrechan lazos entre el Estado y la Sociedad Civil, se sigan llevando a cabo.

## LA EXTRADICIÓN EN EL NUEVO PROCESO PENAL CHILENO

### *Unidad Especializada en Cooperación Internacional y Extradiciones*

En nuestro país tiene lugar una situación especial respecto de la regulación procesal de la extradición, como consecuencia de la implementación gradual de la reforma procesal penal que se inició el año 2000, y que se completará el 16 de Junio de 2005, cuando comience a regir en la Región Metropolitana.<sup>124</sup>

Actualmente, existen dos cuerpos normativos procesales diferentes que regulan la extradición. Por una parte, las normas del antiguo Código de Procedimiento Penal<sup>125</sup>, aplicables a los procedimientos de extradición pasiva que se susciten hasta antes del 16 de Junio del próximo año en la Región Metropolitana y aquellas solicitudes de extradición activa que surjan de causas antiguas, iniciadas en el resto del país bajo las normas del sistema inquisitivo que se regirán por ellas hasta su término. Por otro lado, están las normas del nuevo Código Procesal Penal<sup>126</sup>, que regulan un sistema oral y acusatorio en que el Ministerio Público es el órgano constitucional, autónomo, encargado en exclusiva de la dirección de la investigación y persecución penal, las que serán aplicables a las solicitudes de extradición pasiva que se susciten a partir del 16 de Junio del año 2005<sup>127</sup> y que actualmente se aplican a las solicitudes de extradición activa en causas sujetas al nuevo proceso penal en regiones de todo el país, con excepción de la Región Metropolitana.

Ambos Códigos, el antiguo y el que plasma la reforma, siguen la misma política, cual es, regular casi en forma exclusiva los aspectos procesales de su tramitación, dejando la regulación de los requisitos de fondo en manos del Derecho Internacional. No obstante, entre ambas regulaciones existen diferencias sustantivas y adjetivas de gran relevancia y, en todo caso, la nueva normativa procesal contiene disposiciones que hacen más expedita y eficaz la tramitación de dichas solicitudes, compartiendo, además, las bondades de un sistema oral y de la orgánica institucional del sistema acusatorio.

### **I.- Los principales Aspectos Sustantivos de la Extradición en Chile.**

Revisaremos los requisitos sustantivos de la Extradición en Chile, que dicen relación, con la calidad del hecho delictivo; la nacionalidad del imputado y la punibilidad del hecho o procesabilidad del imputado.<sup>128</sup>

<sup>124</sup> En el año 2000 se inició un proceso de reforma al sistema procesal penal, cuyo objeto fue reemplazar el sistema imperante hasta entonces, de corte inquisitivo, por uno acusatorio. La reforma se ha implementado gradualmente en el territorio del país desde la referida fecha.

Así, en una primera etapa, en diciembre del año 2001, la reforma entró en vigencia en las regiones IV y IX. En la segunda etapa, en octubre del año 2001, se sumaron las regiones II, III y VII, mientras que en diciembre del año 2002, lo hicieron en una tercera etapa las regiones I, XI y XII. En la cuarta etapa se incorporaron a la reforma, desde diciembre del año 2003, las Regiones V, VI, VIII y X, restando en la actualidad solamente la Región Metropolitana, donde vive el 40% de la población total del país.

<sup>125</sup> Regula estas materias en su Libro III, "De los procedimientos especiales", título VI, sobre la Extradición, párrafo 1, extradición activa y párrafo 2 extradición pasiva. Artículos 635 a 656.

<sup>126</sup> Regula la extradición en su Libro IV, sobre Procedimientos Especiales y Ejecución, en su Título VI sobre Extradición, donde trata en su párrafo 1° la Extradición Activa, en los artículos 431 a 439, y en su párrafo 2° la Extradición pasiva, en sus artículos 440 a 445.

<sup>127</sup> El artículo 485 del Código Procesal Penal, establece respecto de la vigencia del nuevo Código Procesal Penal que sus normas se aplicarán a las solicitudes de extradición pasiva y detención previa a las mismas que recibiere la Corte Suprema, a partir de la fecha de entrada en vigencia en la Región Metropolitana de Santiago, de modo que con anterioridad a dicha fecha se aplicara el procedimiento establecido por el Código de Procedimiento Penal.

<sup>128</sup> Etcheberry, Alfredo. "Derecho Penal. Parte General", 3° Edición, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 2001. págs. 135 y siguientes.

Estos requisitos están determinados, a su vez, por el reconocimiento que hace la legislación y la jurisprudencia de las fuentes jurídicas de la extradición.

Es importante anotar que el sistema chileno entrega el conocimiento y decisión de las extradiciones activas y pasivas al Poder Judicial. Históricamente esta competencia la ejerció exclusivamente la Corte Suprema. En el sistema antiguo, tanto la extradición activa como la pasiva, son de competencia de un Ministro de la Corte Suprema. En el nuevo sistema, las solicitudes de extradición pasiva también serán conocidas por dicho tribunal, pero la extradición activa será conocida por las Cortes de Apelaciones, con el fin de descongestionar el trámite y hacerlo más expedito.

En el sistema chileno, además del Poder Judicial, participa el Ministerio de Relaciones Exteriores como conductor de las solicitudes desde y hacia el extranjero, sin que le corresponda intervenir en las decisiones respecto de la extradición.

Por tratarse de un sistema judicial en que los elementos de fondo se encuentran regulados por el Derecho Internacional y muchas veces por Principios Internacionales cuyo contenido es flexible y evoluciona con el tiempo, la configuración de la institución en sus aspectos sustantivos ha quedado entregada básicamente a la jurisprudencia, la que adquiere especial relevancia para conocer su verdadera regulación y alcance práctico.

### **1. Las fuentes de la Extradición reconocidas en el ordenamiento jurídico chileno.**

La legislación chilena, tanto la del antiguo como del nuevo sistema, reconoce como fuentes de la extradición, no sólo a los tratados internacionales que vinculen a Chile con otros países, sino también, y a falta de tratados, a los Principios de Derecho Internacional que rigen la materia.<sup>129</sup> De modo que el ordenamiento jurídico chileno, no supedita la extradición de un imputado a la existencia de tratados bilaterales o multilaterales.

Chile ha ratificado tratados bilaterales sobre extradición con varios países de Ibero América: Ecuador, Uruguay, Bolivia, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, todos suscritos a fines del siglo XIX y principios del siglo XX y, entre los más recientes, ha ratificado los tratados bilaterales con Venezuela; Nicaragua, los Estados Unidos Mexicanos, con el Reino de España y los Estados Unidos de América. Además, nuestro país suscribió el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados parte del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, del año 1998 y se espera que sea ratificado próximamente.

Somos parte, también, de dos tratados multilaterales de especial connotación en nuestro ordenamiento respecto de la Extradición: la Convención de Montevideo, de 1933 y el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, de 1928, cuyas normas han sido aplicadas sistemáticamente por nuestra Corte Suprema como Principios de Derecho internacional.

Otras convenciones multilaterales ratificadas por Chile, que tratan fenómenos delictivos específicos y que contienen normas especiales sobre extradición, son la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio, entre las más destacadas.<sup>130</sup>

<sup>129</sup> Así se desprende claramente de los artículos 442, incisos primero y último y 449 b) del Código Procesal Penal, como asimismo de los artículos 637, 647 y 651 del Código de Procedimiento Penal.

<sup>130</sup> Ver anexo, con lista de tratados ratificados por Chile sobre la materia o que contienen normas sobre extradición.

Si bien cada vez es más frecuente que los Estados estén vinculados por convenciones internacionales que regulan la materia, cuando ello no sucede, las solicitudes de extradición se resuelven en base a los Principios de Derecho internacional.

La Corte Suprema se ha pronunciado en varias ocasiones sobre lo que debe entenderse por los Principios de Derecho Internacional que rigen la extradición a que aluden nuestros códigos, manifestando que se trata de "las normas fundamentales de esta rama del Derecho que deben haber recibido la aceptación general de la doctrina y de numerosos Estados. Estos principios se manifiestan en conferencias o congresos que las distintas naciones celebran con este fin y que traducen así las normas comúnmente aceptadas". También ha dicho que "la opinión de algunos profesores, el reconocimiento prestado por sentencia, la existencia de un código o ley extranjera que admita una disposición o el hecho de que exista una convención no ratificada sobre la materia, o proyectos actualmente en gestación, no tienen la importancia y autoridad suficiente para que lo acordado en una conferencia internacional adquiera el carácter de Principio. Es menester que exista al respecto una práctica internacional, o que la norma se encuentre generalmente aceptada."<sup>131</sup>

Existe consenso en la doctrina y jurisprudencia chilena en considerar que la referencia que la ley chilena hace a los Principios de Derecho Internacional alude a las fuentes supletorias del Derecho en general, lo que incluye a la Costumbre Jurídica.

En cuanto a la procedencia de la extradición y a falta de tratados, cobra importancia el principio de Reciprocidad entre los Estados. La Corte Suprema ha concedido y rechazado la extradición en base a la existencia o ausencia de reciprocidad con el Estado en cuestión. Al respecto se ha dicho que por reciprocidad se entiende no sólo la promesa formal de la misma, sino además la ausencia de información de que el requirente haya dejado en el pasado de cumplir un fallo de algún tribunal chileno. También se consideran los compromisos internacionales que unen a ambos países en la tarea común de combatir eficazmente la delincuencia, aunque no se trate de un tratado de extradición."<sup>132</sup>

La jurisprudencia analizada sobre la materia por los autores da cuenta que la Corte Suprema ha concedido la extradición que se solicita bajo promesa de reciprocidad, presumiendo la seriedad de la misma, siempre que no haya pruebas de que el país solicitante ha rechazado alguna solicitud chilena en caso similar. Incluso se registra jurisprudencia en que se ha concedido la extradición sin una oferta de reciprocidad, o procediendo ella de autoridad que no resulta competente para formularla, cuando existe evidencia de que el Estado requirente no rechaza o desconoce las resoluciones de tribunales chilenos.<sup>133</sup>

El máximo tribunal chileno ha resuelto desde la vigencia del Código de Procedimiento Penal sobre los diversos requisitos de fondo de la extradición en base a Principios de Derecho Internacional, constatándose como una constante en su jurisprudencia la aplicación del Código de Bustamante y de la Convención de Montevideo a las relaciones con Estados que no son parte en ellas atribuyéndoles el carácter de Principios de Derecho Internacional, razón por la cual sus normas cobran especial connotación en el ordenamiento jurídico chileno, particularmente las del Código de Bustamante, a las que se ha dado preferencia por sobre las de la Convención de Montevideo cuando ellas no son coincidentes.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> Ovalle Madrid, Germán. "La Extradición", Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Santiago, año 2000, pág.16.

<sup>132</sup> Sentencia de la Excm. C.S. de 18 de Octubre de 1994, citada en Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, "Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004. pág. 148.

<sup>133</sup> Etcheberry, Alfredo, "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", tomo I, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, págs. 54 y 55.

<sup>134</sup> Etcheberry, Alfredo, "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", ob.cit., pág. 134; Politoff y otros, ob cit., pág. 147.

## 2.- Calidad del hecho delictivo que origina la solicitud de extradición.

### a) Identidad de la norma o doble incriminación.

Respecto de este principio, contenido en el artículo 353 del Código de Bustamante y en el artículo 1, letra b) de la Convención de Montevideo, la doctrina chilena plantea que debe ser juzgada en abstracto, es decir sin consideración a la existencia en el caso concreto de causales de exculpación o justificación y que debe darse al momento de comisión del delito y subsistir hasta la entrega del inculpaado.

La Corte Suprema, por su parte, ha puntualizado que no es indispensable que los delitos tengan la misma denominación.<sup>135</sup> Igualmente ha dicho que no se cumple el principio cuando lo que constituye un elemento estructural indispensable para afirmar la tipicidad del comportamiento en el país requerido no sea, en cambio, exigido en el país requirente puesto que en este último caso no se trata sólo de una diversidad de redacciones o formas de descripción del tipo.<sup>136</sup>

### b) Mínima Gravedad

Chile siempre ha aceptado este principio universal. Bajo los preceptos del antiguo Código de Procedimiento Penal este requisito no tenía una regulación específica y su determinación se dejaba a los tratados o, en su defecto, a los Principios de Derecho Internacional<sup>137</sup>, aplicándose a falta de tratado, la norma contenida en el Código de Bustamante, que en su artículo 354 señala que "...se exigirá que la pena asignada a los hechos imputados, según su calificación provisional o definitiva por el juez o tribunal competente del Estado que solicita la extradición no sea menor de un año de privación de libertad ..."<sup>138</sup>

La jurisprudencia ha fallado uniformemente que este requisito se cumple si dentro de una pena variable, el máximo de la misma sobrepasa un año, aún cuando el mínimo esté por debajo de esta duración.<sup>139</sup>

Si bien el Código de Bustamante exige la mínima gravedad de la pena de acuerdo a la legislación del Estado requirente y nada dice del Estado requerido, otras Convenciones como la de Montevideo exigen que concurra el principio de mínima gravedad en ambos Estados. Hay autores chilenos que opinan que es este último el que debe ser considerado el principio general, como corolario del principio de doble incriminación.<sup>140</sup>

El nuevo Código Procesal Penal contiene una innovación, ya que regula este requisito en forma expresa, acogiendo una norma similar a la del Código de Bustamante, cuando en su artículo 440 se refiere a la

<sup>135</sup> Politoff y otros, ob. cit., pág. 149.

<sup>136</sup> Sentencia de Corte Suprema de 4 de Diciembre de 2003, en solicitud de extradición de Corea contra Yoon Suk Dong. Se trataba de un delito de giro doloso de cheques, que de acuerdo a la legislación coreana se constituye como tal con el solo giro de las órdenes de pago y el ulterior cierre de la cuenta, sin considerar la conducta omisiva que exige la ley chilena, es decir, no consignar fondos dentro del plazo establecido en la ley sobre Cuentas Corrientes. En este caso existe un tratado bilateral que establece que para determinar si una conducta constituye un delito en contra de las leyes de ambas partes contratantes se considerará toda la conducta invocada en contra de la persona cuya entrega se solicita y no importará el hecho de que en virtud de las leyes de las Partes contratantes los elementos constitutivos del delito difieran entre sí.

<sup>137</sup> Art. 644 (692) del Código de Procedimiento Penal. "Cuando el Gobierno de un país extranjero pida al de Chile la extradición de individuos que se encuentren aquí y que allá estén procesados o condenados a pena, el Ministerio de Relaciones Exteriores transmitirá la petición y sus antecedentes a la Corte Suprema."

<sup>138</sup> La doctrina chilena puntualiza que cuando se trata de una extradición solicitada para juzgar al imputado se está haciendo alusión a la pena abstracta establecida por la ley, sin consideración a las circunstancias modificatorias de responsabilidad que pudieran operar en el caso concreto. Obviamente, cuando se trata de la extradición para el cumplimiento de una pena impuesta, se debe atender a la pena concreta.

<sup>139</sup> Etcheberry, Alfredo, "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", ob. cit., pág. 69.

<sup>140</sup> Cury, Enrique, ob. cit., pág. 201. Cita a Novoa I, 127 b), págs. 180 y siguientes.

solicitud de extradición de individuos que se encontraren en territorio nacional y que en el país requirente estuvieren imputados de un delito o condenados a una pena privativa de libertad de duración superior a un año. Se debe destacar que la norma alude a la pena que merece el delito en el país requirente sin decir nada respecto del país requerido.

El requisito es distinto para la extradición activa, en que se exige que se trate de un delito que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración **mínima** excediere de un año. Una de las escasas solicitudes de extradición activa que han tenido lugar en el nuevo sistema, dirigida a Argentina, en causa formalizada por el delito de abuso sexual del artículo 366 N° 2 del Código Penal, que a la fecha de comisión del delito tenía asignada una pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, vale decir, de sesenta y un días a tres años, fue negada por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, al considerar que no se daba el requisito de mínima gravedad establecido en el artículo 431 del Código Procesal Penal, puesto que la legislación chilena asigna al delito una pena cuya duración mínima es inferior a un año (61 días). A este respecto señala en su considerando tercero: “Que la norma antedicha (artículo 431) introduce un criterio objetivo, que no considera la pena solicitada, ni la pena probable, sino la mínima fijada por la ley, por lo que no cabe considerar para resolver respecto de la solicitud de extradición, el supuesto carácter de reiterado del mismo, esgrimido por el Ministerio Público y el querellante.”<sup>141</sup>

La Corte Suprema ha tenido un criterio diferente y ha dado curso a los pedidos de extradición por reiteración de giro fraudulento de cheques, determinando la penalidad sobre la base de la pena acumulada de todos los delitos en casos de extradición activa regidos por el Código antiguo en los que existía un tratado que requería que el delito tuviere asignada una pena superior a tres años de presidio en el país requirente.<sup>142</sup>

### **c) Exclusión de Delitos Políticos y Militares.**

Como es sabido, éstas son exclusiones generalmente aceptadas. En general, los tratados internacionales rechazan la extradición de los delitos políticos puros y conexos y disponen en forma expresa la procedencia de la extradición respecto del homicidio o asesinato del Jefe de Estado de un Estado contratante o de cualquier persona que ejerza autoridad en él. Así sucede en el Código de Bustamante y en la Convención de Montevideo.

La doctrina por su parte si bien excluye, en principio, la extradición de los delitos políticos conexos, últimamente se inclina a favor de la extradición de los mismos cuando el hecho punible común de que se trata constituye una expresión de vandalismo o inhumanidad o consista en atentados contra la vida o integridad corporal, salvo cuando se ha producido en el curso de un combate declarado y abierto. Los delitos políticos complejos o relativos reciben tratamiento de un delito común. En nuestro ordenamiento no existen mayores particularidades que comentar, salvo que en la Constitución Política, en su artículo 9, se establece expresamente que los delitos contemplados en la ley sobre conductas terroristas serán considerados delitos comunes, con el fin de que sean extraditables. De acuerdo a la jurisprudencia chilena los delitos de extorsión, homicidio y asalto (robo con violencia) son delitos comunes y no políticos ni conexos aunque tengan una finalidad de tal índole.<sup>143</sup>

### **3. Calidad de la persona Requerida: Entrega de nacionales.**

En Chile, a diferencia de la mayoría de las legislaciones regionales sobre la materia, no se contempla la facultad del Estado de rehusar la extradición con fundamento exclusivo en la calidad de nacional de la persona cuya extradición se solicita.

<sup>141</sup> Sentencia C. A. Punta Arenas, de 15 de Septiembre de 2004, pronunciada en causa Rol de la Corte 117/2004.

<sup>142</sup> Etcheberry, Alfredo, “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, ob. cit., págs. 42 y 43.

<sup>143</sup> Cury, Enrique, ob. cit., pág. 203.

Revisada la jurisprudencia, se aprecia que la Corte Suprema entrega a nacionales a otros Estados, no obstante que los tratados que regulan la extradición en el caso concreto, sí contemplan esta facultad. El máximo tribunal ha fallado de esta manera basado en consideraciones de buena administración de justicia y haciendo prevalecer el concepto de cooperación internacional en la lucha contra la impunidad, cuidándose de señalar que dicha facultad se justifica respecto de Estados en que no exista un régimen jurídico confiable o donde transitoriamente no impere el Derecho de manera que pusieran al nacional en peligro de quedar sujeto a la arbitrariedad de sus tribunales.<sup>144</sup>

El Código de Bustamante y la Convención de Montevideo contemplan esta facultad del Estado requerido, imponiéndole como contrapartida, el deber de juzgar al nacional en su territorio.

La Corte Suprema, a través de diversos fallos, parece adherir a la moderna tendencia que considera como fundamento de la extradición la cooperación internacional, que impone obligaciones de asistencia recíproca entre los Estados en la persecución de los delitos, tomando distancia del principio de reciprocidad, que es considerado como un principio de fundamento más político que jurídico, y acercándose por tanto al principio jurídico de la mejor justicia, según el cual debe juzgarse el delito por el juez natural, esto es, el del lugar de comisión del mismo, ya que se encuentra en mejores condiciones para juzgar.<sup>145</sup>

No obstante, los tribunales chilenos han usado la facultad de no entregar a un nacional con fundamento en el principio de reciprocidad, cuando previamente el Estado requirente ha hecho lo propio, caso en el cual la Corte Suprema ha declarado procedente la extradición solicitada, negando, sin embargo, la entrega del compatriota, fundada en igual práctica del Estado requirente.<sup>146</sup>

Se ha discutido si los tribunales chilenos tienen jurisdicción para juzgar a un nacional que ha cometido un delito fuera del territorio chileno si no está dentro de los casos de extraterritorialidad de la ley penal.<sup>147</sup> La mayoría de la doctrina estima que en este caso procede enjuiciar en el país al chileno cuya extradición se ha negado, como si hubiera delinquirido en Chile, en virtud de la competencia especial que para estos casos establece el propio tratado, por ejemplo, el Código de Bustamante en su artículo 345.<sup>148</sup> Algunos opinan que la facultad de juzgar provendría del artículo 6 N° 8 del Código Orgánico de Tribunales, que dispone que quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio nacional, comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias.<sup>149</sup>

#### **4.- Punibilidad del hecho incriminado y procesabilidad del imputado.**

En Chile se aceptan como elementos sustantivos de la extradición, ya porque están contenidos en tratados ya porque se aplican como Principios Generales, los siguientes: Que la extradición se solicite por un hecho actualmente perseguible, es decir, que no haya sido objeto de indulto, o amnistía en el Estado requerido<sup>150</sup>.

<sup>144</sup> Etcheberry, Alfredo, "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", ob. cit., pág. 70.

<sup>145</sup> Cury, Enrique. "Derecho Penal. Parte General", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pág. 199; y Politoff y otros, ob. cit., pág. 148.

<sup>146</sup> Sentencia de la C.S. de fecha 12 de Diciembre de 1988, en solicitud de extradición de René Gastón Troncoso San Martín, formulada por Argentina, citada en Ovalle, Germán, ob. cit., pág. 78.

<sup>147</sup> Contenidos en el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales, principalmente.

<sup>148</sup> Artículo 345.- " Los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales. La nación que se niegue a entregar a uno de sus ciudadanos estará obligada a juzgarlo."

<sup>149</sup> Así se desprende de la Sentencia citada en nota 23, considerando undécimo.

<sup>150</sup> Aún cuando el Código de Bustamante establece en su artículo 360 que la amnistía pronunciada en el Estado requerido posterior a la comisión del hecho no obsta a la extradición.

También se exige que la persona solicitada no haya sido absuelta o cumplido condena por el mismo delito en el Estado requerido y que no exista juicio pendiente por el delito que motiva la solicitud de extradición. Por último, se exige que no se encuentre prescrita la acción o la pena, principio que ha recibido aplicación jurisprudencial en la resolución de connotados casos.<sup>151</sup>

Igualmente se reconocen los principios de la especificación y cosa juzgada, respecto de los efectos de la extradición y la limitación de aplicar o ejecutar la pena de muerte en el Estado requirente.

## **II.- Los Aspectos Procesales de la Extradición Pasiva.**

Como se ha dicho existen dos procedimientos diversos para la extradición pasiva. En atención a que el Ministerio Público está llamado a jugar un rol sólo en el nuevo procedimiento, nos referiremos a él destacando las diferencias que anota la institución respecto del antiguo sistema y los adelantos que implica la nueva regulación, que regirá a partir del 16 de Junio del año 2005.

En todo caso, para conocer cabalmente los alcances de la nueva regulación de la extradición, el verdadero grado de amplitud y eficacia que adquieran, habrá que esperar su aplicación y la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ojalá potencie la extradición como una herramienta indispensable de la eficacia de la persecución penal en el nuevo sistema.

### **1.- Los distintos sistemas procesales que rigen la extradición.**

Las normas procesales que rigen la extradición en el nuevo Código, la insertan en un sistema procesal completamente diferente, acusatorio, oral, público, con nuevos actores a los que asigna roles definidos y diferenciados, características que impregnan el procedimiento de extradición, haciéndolo concentrado, más expedito, con mayor inmediación y en el que se da cabida al Ministerio Público en representación del Estado requirente y al Defensor Particular o Público asistiendo al imputado. Lo anterior marca una notable diferencia con el antiguo procedimiento que participaba de las características de todo el sistema inquisitivo, escrito, con escasa inmediación, donde la mayoría de las veces el Estado solicitante no tenía representación y no existía el sistema de defensa pública actual.

### **2.- Procedencia de la extradición pasiva.**

De acuerdo al artículo 440 del nuevo Código Procesal Penal, la extradición pasiva procede cuando un país extranjero solicita a Chile la entrega de un individuo que se encuentra en el territorio nacional y que en el país requirente estuviere imputado de un delito o condenado a una pena privativa de libertad de duración superior a un año.

Ya hemos visto que la alusión a la duración de la pena como requisito no existía en el Código antiguo, cuya determinación era dejada en manos del tratado o principio de Derecho Internacional existente sobre la materia (artículos 644 y 647 N°2). La norma actual se refiere a "...un individuo que en el *país requirente* estuviere imputado de un delito o condenado a una pena de duración...", de modo que a falta de tratado que regule la materia de otra forma, es decir, exigiendo el principio de mínima gravedad también en el Estado requerido, pareciera que nuestra nueva legislación sólo exige este requisito en el Estado solicitante, lo que dada la amplitud de las escalas de penalidades contempladas en nuestra legislación para ciertos delitos de relevancia, constituiría una herramienta importante de colaboración internacional en la persecución de los mismos.

<sup>151</sup> Este principio se aplicó en el famoso caso de extradición de Walter Rauff, denegada por la Corte Suprema, citada en Etcheberry, Alfredo, "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", ob. cit. págs. 57 y siguientes.

### **3.- Órgano encargado de recibir la solicitud.**

Ambos códigos consagran un sistema de decisión exclusivamente judicial para la extradición, en que el Ministerio de Relaciones Exteriores, recibe la solicitud del país extranjero y la transmite a la Corte Suprema. Actualmente, en ambos sistemas, la Corte Suprema designa a uno de sus Ministros como tribunal de primera instancia para conocer y fallar el asunto, en tanto le corresponde a una sala de la misma Corte actuar como tribunal de segunda instancia (artículo 441 del Código Procesal y 645 del Código de Procedimiento). Hasta hace poco el asunto estaba entregado al conocimiento del Presidente de la Corte Suprema, lo que congestionaba y retardaba el procedimiento.<sup>152</sup>

### **4.- Detención previa.**

El Código nuevo, en su artículo 442, permite al Ministro de la Corte Suprema, aún antes de la solicitud formal de extradición, decretar la detención del imputado en caso que el tratado respectivo contemple esta posibilidad, o bien cuando lo requiriere el Estado extranjero mediante solicitud que debe contener ciertas menciones mínimas: a) La identificación del imputado; b) La existencia de una sentencia condenatoria firme o de una orden restrictiva o privativa de libertad personal del imputado; c) La calificación del delito que motivare la solicitud, el lugar y la fecha de comisión de aquél, y d) La declaración de que se solicitará formalmente la extradición.

La detención previa tiene por fin que el Estado requerido pueda actuar oportunamente impidiendo que el imputado se fugue mientras se realizan las gestiones de formalización de la misma. Se encuentra contemplada en diversos tratados sobre la materia, pero a falta de ellos, la norma en cuestión dispone que se decretará por un plazo máximo de dos meses a contar de la fecha en que el Estado requirente fuere notificado del hecho de haberse producido la detención previa del imputado.

El Código antiguo contemplaba la posibilidad de que el Ministerio de Relaciones Exteriores, sólo en virtud de tratados que así lo autorizasen, ordenara arrestar al imputado (artículo 644 inciso 2). También podía hacerlo el tribunal, pero una vez recibidos los antecedentes, si existía mérito para ello y conforme las normas generales de la detención, cuyas causas y plazos no se avienen, probablemente, con el objeto y naturaleza del procedimiento de extradición.

### **5.- Audiencia para conocer de la solicitud de extradición.**

El primer acto procesal del Ministro de la Corte, será la fijación de día y hora para la realización de una audiencia y poner la petición y sus antecedentes en conocimiento del representante del Estado requirente y del imputado, salvo que se haya decretado la detención previa o se hayan solicitado medidas cautelares en contra del imputado, en cuyo caso, primero se decretarán las medidas a que haya lugar de acuerdo al artículo 446.

### **6.- Procedencia de medidas cautelares y libertad provisional.**

De acuerdo al artículo antes citado, presentada la solicitud de extradición, el Estado requirente podrá solicitar la prisión preventiva del individuo u otras medidas cautelares personales, que se decretarán si se cumplieren los requisitos que disponga el tratado respectivo o, en su defecto, los previstos en el Título V del Libro I, es decir, se remite a las normas del Código respecto de las medidas cautelares y prisión preventiva. Por su parte, dispone el artículo 447 que se podrá conceder la libertad provisional del imputado, de acuerdo a las reglas generales, en cualquier estado del procedimiento, pero el Ministro de la Corte Suprema deberá tomar las medidas que estime necesarias para evitar la fuga del imputado.

<sup>152</sup> Art. 52 del Código Orgánico de Tribunales, modificado por ley 19.665, de 9 de Marzo de 2000.

El Código antiguo en cambio dispone, en su artículo 648, la posibilidad de decretar el arresto del procesado una vez establecida su identidad, siempre que se presente la sentencia que lo haya condenado o el decreto de prisión en su contra expedido por el tribunal de la causa con tal que el delito sea de aquellos que autoricen la extradición y que el auto de prisión se funde en motivos que hagan presumir la culpabilidad del procesado.

### **7.- Rol del Ministerio Público.**

El artículo 443 establece que el Ministerio Público representará el interés del Estado requirente, ateniéndose a lo dispuesto en su ley orgánica constitucional.

La referencia a la ley orgánica constitucional obedece, según la historia fidedigna del establecimiento de la ley, a la necesidad de aclarar que la actuación del Ministerio Público en representación del Estado extranjero se sujeta también al principio de objetividad que lo rige.

Este artículo establece que en cualquier momento antes de la audiencia el Estado requirente puede designar otro representante, caso en el cual cesa la intervención del Ministerio Público, es decir, esta representación es subsidiaria de otra designada por el interesado al efecto.

En el Código antiguo se contempla la posibilidad de que comparezca un encargado de solicitar la extradición a rendir la información necesaria en representación del Estado requirente, no obstante, esto no tenía lugar en la práctica, por lo que la mayoría de las solicitudes de extradición quedaban sin un representante produciendo un serio desbalance entre la defensa del interés del Estado requirente y la del imputado, a favor de este último. En legislaciones extranjeras los intereses del Estado requirente son representados por la fiscalía o Ministerio Público, de modo que en el nuevo Código se introdujo esta norma de reciprocidad que tiene por objeto dar mayor eficacia al procedimiento, por lo que creemos que constituye un notable avance para potenciar la extradición como herramienta de cooperación internacional en la persecución penal.

### **8.- Oportunidad para el ofrecimiento y producción de pruebas.**

Si el Estado requirente y el imputado quisieran rendir prueba testimonial, pericial o documental, la deberán ofrecer con al menos tres días de anticipación a la audiencia, individualizando a los testigos, si los hubiere, en la solicitud que presentaren. Esta prueba se producirá en la audiencia (artículo 444).

Como se ve, no se abre una investigación en el proceso de extradición. De hecho, se eliminó la investigación contemplada en el Mensaje y en el texto aprobado por la Cámara de Diputados, sustituyéndola por la posibilidad de ofrecer y rendir prueba, limitada a la pericial, documental y testimonial. El fundamento de tal decisión consta en las actas de la Comisión de la Cámara de Diputados, sesión 23, en que a propósito de la discusión del rol del Ministerio Público “expresó sobre el particular que no es función de la Corte, ni del Ministerio Público, hacer un juicio de culpabilidad completo de la persona antes de conceder la extradición. La extradición es una especie de juicio de mérito: determina si tiene o no tiene fundamento la petición de extradición para que otro tribunal la juzgue. No tiene sentido acreditar si es culpable o inocente.”<sup>153</sup> Por su parte la Comisión del Senado confirmando lo anterior, agregó en la sesión 5º, “...que la investigación que puede realizarse en Chile sobre un delito cometido en el extranjero es mínima, y los antecedentes deben ser proporcionados por el Estado requirente.” Razón por la cual se eliminó la investigación, sustituyéndola por la posibilidad de rendir limitadamente prueba en la audiencia.<sup>154</sup>

<sup>153</sup> Cámara de Diputados, Publicación Oficial, Redacción de Sesiones, pág. 22.

<sup>154</sup> Senado, Diario de Sesiones del Senado, año 2000, págs.739 y 740.

### **9.- Desarrollo de la audiencia en la extradición pasiva.**

Se encuentra regulada en el artículo 448 del Código Procesal Penal, según el cual la audiencia será pública y a su inicio el representante del Estado requirente dará cuenta breve de los antecedentes en que se funda la petición de extradición. Si el representante es el Ministerio Público, hará saber también los hechos y circunstancias que obren en beneficio del imputado, en virtud del Principio de Objetividad que rige su actuación.

A continuación se rendirá la prueba testimonial, pericial o documental que las partes hubieren ofrecido.

Una vez rendida la prueba, si el imputado lo desea podrá prestar declaración y, de hacerlo, podrá ser contrainterrogado libre y directamente por el representante del Estado requirente y por su defensor. El imputado tiene siempre derecho a declarar.

En caso de que se hubiere rendido prueba o hubiere declarado el imputado, se le concederá la palabra al representante del Estado requirente. Luego, se le concederá la palabra al imputado, para que personalmente o a través de su defensor, efectúe las argumentaciones que estime procedentes.

Como se ve, en la audiencia las partes agotan los planteamientos que deban hacerse valer y rinden prueba en forma concentrada y, por tanto, más expedita.

El Código antiguo, en cambio, no considera una audiencia ni ofrecimiento de prueba. En su artículo 649 contempla la aprehensión del procesado y su declaración sobre su identidad y participación en el delito que se le imputa. Respecto de las pruebas sólo posibilita la declaración de testigos que se encuentren en Chile, a cuyo efecto comisionará a un juez letrado para que tome declaración a los testigos que residen fuera de Santiago. Luego se pide informe a la Fiscalía Judicial sobre la procedencia de la extradición. De la vista fiscal se da traslado al procesado, por un término prudencial y prorrogable de hasta 20 días, transcurrido el cual se cita a oír sentencia, la que deberá dictarse dentro de cinco días.

### **10.- Requisitos para conceder la extradición y fallo.**

El artículo 449 del nuevo Código establece que el tribunal concederá la extradición si estimare comprobada la existencia de las siguientes circunstancias:

- a) La identidad de la persona cuya extradición se solicitare;
- b) Que el delito que se le imputare o aquel por el cual se le hubiere condenado sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes o, a falta de éstos, en conformidad con los principios de derecho internacional, y
- c) Que de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen.

El Código antiguo contiene similar disposición en su artículo 647, que establece que la investigación se contraerá especialmente a los puntos siguientes: 1° A comprobar la identidad del procesado; 2° A establecer si el delito que se le imputa es de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes o, a falta de éstos, en conformidad a los principios del Derecho Internacional; y 3° A acreditar si el sindicado como procesado ha cometido o no el delito que se le atribuye.

Como se ve la diferencia estriba en el N°3 donde el antiguo cuerpo normativo exige acreditar si el procesado ha cometido el delito que se le atribuye, versus el nuevo, en que se exigen antecedentes de donde se pueda presumir que en Chile se deduciría acusación.

Se entiende que el papel del Estado requerido no es realizar un juicio completo de modo de determinar la culpabilidad o inocencia de la persona cuya entrega se solicita.<sup>155</sup> En la historia fidedigna del nuevo Código quedó constancia que no se optaba por el sistema del examen formal de las condiciones previstas en el tratado o legislación interna, sino que mantenía la inspiración del sistema vigente.

De acuerdo al sistema vigente, que es el de revisión, adoptado en general en nuestra región, el Estado requerido debe examinar si existe prueba suficiente que justifique la retención del imputado para esperar juicio, es decir, se examina si el extraditado debe soportar un juicio.<sup>156</sup>

La práctica bajo el antiguo Código era exigir prueba de los requisitos establecidos para someter a proceso, de acuerdo al artículo 274, esto es, si de los antecedentes resultaba o no justificada la existencia del delito y ellos podían constituir presunciones fundadas para estimar que el inculpado tuvo participación como autor, cómplice o encubridor.<sup>157</sup>

El nuevo Código, en cambio, en su artículo 449 N° 3 exige antecedentes suficientes para presumir que se deduciría acusación contra el imputado. De acuerdo al artículo 248 del mismo código, al cierre de la investigación el fiscal puede, entre otras alternativas: "b) formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma."

El artículo 503 letra c) del anteproyecto consideró la misma fórmula del 647 del Código antiguo. Luego la Cámara lo modificó, exigiendo acreditar si concurren a su respecto antecedentes para formalizar instrucción. Posteriormente el Senado lo modificó a su redacción actual.<sup>158</sup>

Si bien ambas normas son tributarias del mismo sistema de revisión, consideramos que el nuevo Código supone un estándar menos exigente, ya que claramente no exige que se acredite si el imputado cometió o no el delito o hay mérito para someterlo a proceso; basta que existan antecedentes que hagan presumir que en Chile el fiscal llevaría a juicio al imputado.

## 11.- El sistema y estándar de la prueba.

Otro aspecto digno de ser destacado como un elemento que dará mayor eficacia a la extradición como herramienta jurídica, es el nuevo sistema de prueba que rige la Reforma Procesal, cual es de la libertad probatoria y la apreciación de acuerdo a la sana crítica versus la prueba legal tasada del antiguo sistema. El nuevo sistema probatorio hace mucho más flexible la manera de acreditar los hechos y circunstancias que hacen procedente la extradición que, como se ha visto, incluye los antecedentes que justificarían en Chile la decisión de acusar a un imputado. Esta mayor flexibilidad del sistema probatorio cobra trascendencia cuando, como sucede en el procedimiento de extradición, por lo general, lo que se debe valorar son hechos que han sido investigados en el extranjero, bajo normas procesales diversas.

<sup>155</sup> En las actas de la Comisión de la Cámara de Diputados, sesión 23, a propósito de la prueba en el procedimiento de extradición se expresó "...que no es función de la Corte, ni del Ministerio Público, hacer un juicio de culpabilidad completo de la persona antes de conceder la extradición. La extradición es una especie de juicio de mérito, determina si tiene o no tiene fundamento la petición de extradición para que otro tribunal la juzgue. No tiene sentido acreditar si es culpable o inocente".

<sup>156</sup> Sistema diverso al euro continental de control de regularidad de las formas, que sólo exige verificar las condiciones extrínsecas de la solicitud.

<sup>157</sup> Lo cual se fundaba en el artículo 647 N°3 y 644 que alude a la solicitud de individuos que estén "procesados".

<sup>158</sup> Maturana Miquel, Cristian y otros, "Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pág.347.

En razón de las normas regulatorias de la prueba se han rechazado extradiciones bajo las normas del sistema inquisitivo, puesto que de acuerdo al sistema de prueba legal tasada chileno no podían aceptarse determinados medios probatorios, o bien no era posible otorgarles el valor probatorio para alcanzar el estándar necesario para someter al imputado a proceso de acuerdo al artículo 274 del Código de Procedimiento Penal. Este es el caso, por ejemplo, de la sentencia pronunciada en solicitud de extradición efectuada por Alemania en contra de un individuo por el delito de violación, que es rechazada, entre otras consideraciones, por cuanto el tribunal no consideró cumplido el requisito del artículo 647 N° 3, esto es, que se haya acreditado de acuerdo a nuestra legislación que el acusado cometió el delito, considerando que la acusación alemana se basó únicamente en las declaraciones prestadas por sus dos hijas -las supuestas víctimas, que todos los demás testigos se enteraron en diversas épocas por los relatos de ellas, que el imputado niega las acusaciones y que no se encuentran confirmadas por otros medios de prueba.<sup>159</sup>

### 12.- Recursos contra la sentencia que falla la petición de extradición.

La sentencia correspondiente se dictará por escrito, dentro de quinto día de finalizada la audiencia.

De acuerdo al artículo 450, en contra de la sentencia que se pronuncia sobre la extradición procederá el recurso de apelación y el recurso de nulidad, este sólo podrá fundarse en una o más de las causales previstas en los artículos 373, letra a), y 374.<sup>160</sup> Corresponderá conocer de estos recursos a la Corte Suprema.

En el evento de interponerse ambos recursos, deberán deducirse en forma conjunta en un mismo escrito, uno en subsidio del otro y dentro del plazo previsto para el recurso de apelación. La Corte Suprema conocerá del recurso en conformidad a las reglas generales previstas en este Código para la tramitación de los recursos.

### 13.- Extradición pasiva simplificada.

Por último, la nueva legislación contempla la posibilidad de la extradición pasiva simplificada, que no existe en el procedimiento actualmente vigente, y que sin duda constituye una notable economía procesal. Esta tiene lugar si la persona cuya extradición se requiere, luego de ser informada acerca de sus derechos en un procedimiento formal de extradición y de renunciar a la protección que éste le brinda, con asistencia letrada, expresa ante el Ministro de la Corte Suprema que conociere la causa, su conformidad en ser entregada al Estado solicitante. En este caso el Ministro concede sin más trámite la extradición, procediendo a poner al sujeto a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores para su entrega al Estado requirente (artículo 454).

<sup>159</sup> Sentencia Corte Suprema, de 21 de enero de 2004, en extradición pasiva solicitada por Alemania contra Heinrich Hack.

<sup>160</sup> Artículo 373.- Causales del recurso. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

- a) Cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, *Artículo 374.- Motivos absolutos de nulidad.* El juicio y la sentencia serán siempre anulados;
- a) Cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, o no integrado por los jueces designados por la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez de garantía o con la concurrencia de un juez de tribunal de juicio oral en lo penal legalmente implicado, o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente; y cuando hubiere sido acordada por un menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley, o con concurrencia de jueces que no hubieren asistido al juicio;
- b) Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286;
- c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga;
- d) Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio;
- e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o f);
- f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341, y
- g) Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada.

#### **14.- Efectos de la sentencia que concede la extradición pasiva.**

Ejecutoriada la sentencia que concede la extradición, el Ministro de la Corte Suprema pondrá al sujeto requerido a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores, para que sea entregado al país que lo hubiere solicitado (artículo 451).

#### **15.- Efectos de la sentencia que deniega la extradición pasiva.**

Si la sentencia deniega la extradición, aun sin encontrarse ejecutoriada, el ministro de la Corte Suprema debe proceder a decretar el cese de cualquier medida cautelar personal decretada. Una vez ejecutoriada la sentencia denegatoria, el Ministro de la Corte debe comunicar al Ministerio de Relaciones Exteriores el resultado del procedimiento, incluyendo copia autorizada de la sentencia (artículo 452).

### **III.- Los Aspectos Procesales de la Extradición Activa.**

El Código Procesal Penal contiene las normas sobre extradición activa aplicables a las investigaciones sustanciadas en el nuevo proceso penal. Sólo con el objeto de dar una visión al respecto reseñaremos sus principales disposiciones. Respecto del antiguo sistema, el cambio dice relación, básicamente, con el carácter acusatorio del proceso en que están insertas las normas y con el tribunal llamado a conocer de las solicitudes que son las Cortes de Apelaciones, para hacer el procedimiento más expedito.

#### **1.- Procedencia de la extradición activa.**

Cuando se hubiere formalizado investigación contra un imputado que se encuentre en país extranjero por delito que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima exceda de un año, el Ministerio Público debe solicitar al juez de garantía que eleve los antecedentes a la Corte de Apelaciones. También puede hacer esta solicitud el querellante.

Previo debate, accederá a la solicitud de extradición si concurren requisitos de procedencia de prisión preventiva del artículo 140 del Código Procesal Penal.<sup>161</sup>

---

<sup>161</sup> Artículo 140.- Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a cómplices, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataren, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados graves en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.

Procede la misma solicitud para hacer cumplir en Chile una sentencia definitiva condenatoria a una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo superior a un año.

## **2.- Tramitación ante el juez de garantía.**

Si el juez de garantía da lugar a la solicitud de extradición, a petición del Ministerio Público o del querellante, declarará la procedencia de la prisión preventiva u otra medida cautelar personal respecto del imputado, en caso de que se cumplan las condiciones que permitirían decretar en Chile la medida respectiva.

Para que el juez eleve los antecedentes a la Corte de Apelaciones, será necesario que conste en el procedimiento el país y lugar en que el imputado se encontrare en la actualidad (artículo 432).

## **3.- Audiencia ante la Corte de Apelaciones.**

De acuerdo al artículo 433, una vez recibidos los antecedentes por la Corte de Apelaciones, se cita a una audiencia para fecha próxima, al Ministerio Público, al querellante, si éste hubiere solicitado la extradición, y al defensor del imputado.

La audiencia tiene las siguientes características:<sup>162</sup> Tendrá lugar con los litigantes que asistieren; No se podrá suspender a petición de los litigantes; Se iniciará con una relación pública de los antecedentes que motivaren la solicitud; Concluida la relación se concederá la palabra al fiscal, en su caso al querellante, y al defensor.

## **4.- Detención previa o medida cautelar.**

Durante la tramitación de la extradición, a petición del fiscal o del querellante, la Corte de Apelaciones podrá solicitar del Ministerio de Relaciones Exteriores que se pida al país en que se encuentre el imputado que ordene su detención previa o adopte otra medida destinada a evitar que se fugue, cuando el juez de garantía hubiere comprobado la concurrencia de los requisitos que admitirían decretar la prisión preventiva u otra medida cautelar personal (artículo 434).

## **5.- Fallo.**

Finalizada la audiencia, la Corte de Apelaciones resolverá en un auto fundado si debiere o no solicitarse la extradición del imputado.

La Corte de Apelaciones conoce de esta solicitud en única instancia. El Código señala expresamente que, en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones que se pronunciare sobre la solicitud de extradición, no procederá recurso alguno (artículo 435).

---

<sup>162</sup> El hecho que este procedimiento se vea en una audiencia con las características que se detallan, corresponde a una modificación introducida por el Senado al proyecto, el cual antes señalaba que se procedía a la vista de la causa sin más trámite que ponerla en tabla y en lugar preferente. El Senado introdujo cambios con el objeto de dar a esta audiencia características más informales similares a las se acordaron respecto de las audiencias ante los tribunales superiores en que conocerán los recursos.

**6.- Fallo que acoge la solicitud.**

En caso de acoger la solicitud de extradición, la Corte de Apelaciones debe dirigirse al Ministerio de Relaciones Exteriores, al que hará llegar copia de la resolución que acoge la extradición activa, pidiendo que se practiquen las gestiones diplomáticas que fueren necesarias para obtener la extradición.

Deberá acompañar copia de los siguientes antecedentes:

1. Formalización de la investigación que se hubiere formulado en contra del imputado;
2. Antecedentes que hubieren motivado la formalización o de la resolución firme que hubiere recaído en el procedimiento, si se tratase de un condenado;
3. Textos legales que tipificaren y sancionaren el delito, y los referentes a la prescripción de la acción y de la pena; y
4. Toda la información conocida sobre la filiación, identidad, nacionalidad y residencia del imputado.

Cumplidos estos trámites, la Corte de Apelaciones devuelve los antecedentes al tribunal de origen (artículo 436).

El Ministerio de Relaciones Exteriores legalizará y traducirá los documentos acompañados, si fuere del caso, ya que hay tratados que eximen de este trámite, y hará las gestiones necesarias para dar cumplimiento a la resolución de la Corte de Apelaciones que acogió la extradición.

Si se obtiene la extradición del imputado, lo hará conducir del país en que se encontrare, hasta ponerlo a disposición de aquel tribunal. En este caso, la Corte de Apelaciones ordenará que el imputado sea puesto a disposición del tribunal competente, a fin de que el procedimiento siga su curso o de que cumpla su condena, si se hubiere pronunciado sentencia firme (artículo 437).

Si la extradición no es concedida por las autoridades del país en que el imputado se encuentra, se comunicará el hecho al tribunal de garantía, a fin de que proceda según corresponda (artículo 438 inc. 2°).

**7.- Fallo que niega la solicitud.**

Si la Corte de Apelaciones declara improcedente la extradición, se devolverán los antecedentes al tribunal, a fin de que proceda según corresponda (artículo 438 inc. 1°).

**ANEXO**  
**Tratados Internacionales sobre Extradición**  
**ratificados por Chile**

**Bilaterales con países de América**

1. **Convención de extradición entre Chile y el Ecuador.** Firmada en Quito, el 10 de noviembre de 1897. Ratificaciones canjeadas en Quito el 14 de junio de 1899. Promulgada el 27 de septiembre de 1899. Publicada en el Diario Oficial N° 6471, de 9 de octubre de 1899.
2. **Tratado de extradición celebrado entre Chile y la República Oriental del Uruguay.** Suscrito en Montevideo el 10 de mayo de 1897. Publicado en el Diario Oficial de 30 de noviembre de 1909.
3. **Tratado de extradición entre Chile y Bolivia.** Firmado en Santiago el 15 de diciembre de 1910. Ratificaciones canjeadas en Santiago el 27 de abril de 1931. Promulgado por Decreto N° 500 de 8 de mayo de 1931. Publicado en el Diario Oficial N° 15.980 de 26 de mayo de 1931.
4. **Tratado de extradición entre Chile y el Brasil.** Suscrito en Río de Janeiro el 8 de noviembre de 1935. Ratificaciones canjeadas en Santiago el 9 de agosto de 1937. Promulgado por Decreto N° 1180 de 18 de agosto de 1937. Publicado en el Diario Oficial del 30 de agosto de 1937.
5. **Tratado de extradición entre Chile y Colombia.** Suscrito en Bogotá el 16 de noviembre de 1914. Ratificaciones canjeadas en Bogotá el 4 de agosto de 1928. Promulgado por Decreto N° 1472 de 18 de diciembre de 1928. Publicado en el Diario Oficial N° 15.266 del 7 de enero de 1929.
6. **Tratado de extradición entre Chile y Paraguay.** Suscrito en Montevideo el 22 de mayo de 1897. Ratificado y promulgado por Ley N° 1018, de 22 de enero de 1898. Ratificaciones canjeadas en Asunción el 29 de mayo de 1928. Publicado en el Diario Oficial N° 15.222 de 13 de noviembre de 1928.
7. **Tratado de extradición entre Chile y el Perú.** Suscrito en Lima el 5 de noviembre de 1932. Aprobado por el Congreso Nacional el 14 de agosto de 1933. Ratificaciones canjeadas en Lima el 15 de julio de 1936. Promulgado por Decreto Supremo N° 1152 de 11 de agosto de 1936.
8. **Tratado de extradición entre Chile y Venezuela.** Suscrito en Santiago el 2 de junio de 1962. Promulgado por Decreto Supremo N° 355, de RR.EE., de 10 de mayo de 1965. Publicado en el Diario Oficial de 1° de junio de 1965.
9. **Tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal entre la República de Chile y la República de Nicaragua.** Suscrito en Santiago el 28 de diciembre de 1993. Promulgado por Decreto Supremo N° 411, de RR.EE., de 8 de junio de 2001. Publicado en Diario Oficial de 20 de agosto de 2001.
10. **Tratado de extradición y asistencia jurídica mutua en materia penal entre el gobierno de la República de Chile y el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos.** Suscrito en Ciudad de México el 2 de octubre de 1990. Promulgado por Decreto Supremo N° 1.011, de RR.EE., de 30 de agosto 1993. Publicado en el Diario Oficial de 30 de noviembre de 1993.

- 11. Tratado entre la República de Chile y los Estados Unidos de América para la extradición de los criminales y Protocolo Complementario.** Suscrito en Santiago, el 17 de abril de 1900 y el 15 de junio de 1901, respectivamente. Ratificaciones canjeadas en Washington DC el 27 de mayo de 1902. Promulgado el 6 de agosto de 1902. Publicado en el Diario Oficial N° 7318 de 11 de agosto de 1902.

#### Bilaterales con países de Europa

- 1. Acuerdo entre Chile y Gran Bretaña relativo a la extensión del tratado de extradición de 1897 a algunos estados Malayos.** Cambio de notas de 28 de junio y 13 de julio de 1934.
- 2. Acuerdo entre Chile y Gran Bretaña sobre extensión del Tratado de extradición de 1897.** Concertado por cambio de notas, de 12 y 29 de marzo de 1937.
- 3. Convención de extradición entre Chile y Bélgica.** Firmada en Santiago el 29 de mayo de 1899. Canjeada en Santiago, el 14 de enero de 1904. Promulgada el 13 de marzo de 1904.
- 4. Tratado de extradición entre Chile y Gran Bretaña.** Suscrito en Santiago el 26 de enero de 1897. Ratificaciones canjeadas en Santiago el 14 de abril de 1898. Promulgado el 14 de abril de 1898. Publicado en el Diario Oficial N° 5981 de 22 de abril de 1898.
- 5. Tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal entre la República de Chile y el Reino de España.** Suscrito el 14 de abril de 1992. Promulgado por Decreto Supremo N° 31, de RR.EE., de 10 de enero de 1995. Publicado en el Diario Oficial de 11 de abril de 1995.

#### Bilaterales con otros países

- 1. Tratado de extradición entre la República de Chile y Australia.** Suscrito en Canberra el 6 de octubre de 1993. Promulgado por Decreto Supremo N° 1.844, de RR.EE., de 27 de diciembre de 1995. Publicado en el Diario Oficial de 20 de febrero de 1996.
- 2. Tratado de extradición entre la República de Chile y la República de Corea.** Suscrito en Seúl el 21 de noviembre de 1994. Promulgado por Decreto Supremo N° 1.417, de RR.EE., de 1 de septiembre de 1997. Publicado en el Diario Oficial del 23 de octubre de 1997.

#### Multilaterales Panamericanos

- 1. Código de derecho internacional privado (Título tercero, libro cuarto).** Adoptado en La Habana el 20 de febrero de 1928. Países partes: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela.
- 2. Convención sobre extradición.** Suscrita en Montevideo el 26 de diciembre de 1933. Aprobada por el H. Congreso el 5 de febrero de 1935. Instrumento de ratificación depositado en La Unión Panamericana el 2 de julio de 1935. Promulgada por Decreto Supremo N° 942 de 6 de agosto de 1935.

**Ver: otros Tratados que contienen  
normas sobre extradición**

1. Convención Interamericana contra la corrupción. Artículo XIII.
2. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos. Artículos 7 y 8.
3. Convención de 1936 para la represión del tráfico ilícito de las drogas peligrosas. Artículos 7, 8 y 9.
4. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Artículo 6.
5. Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio. Artículo VII.

**LMF**



# IV Oficios e Instrucciones



**OFICIO FN N° 482 /**

**ANT.:** Instructivos N°s 9, 16 y 36 de 2000; Oficio N° 256, de 20.12.2000; Instructivo N° 61 de 2001; Oficio N° 511, de 27 de noviembre de 2001; Oficio N° 163, de 12 de abril de 2002, que modifica Instructivo N° 9 de 2000; y Oficio N° 096, de 10 de Marzo de 2004.

**MAT.:** Criterios generales de la suspensión condicional del procedimiento y en especial respecto de las infracciones a Ley 19.366.

**SANTIAGO, octubre 13 de 2004**

**DE: SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

**A: SRS. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAÍS, DIRECTORES DE UNIDADES ESPECIALIZADAS Y ASESORES JURÍDICOS.**

En el presente Oficio se refiere a los criterios generales de actuación ya impartidos a los Fiscales del Ministerio Público para el ejercicio de su facultad de proponer la suspensión condicional del procedimiento, referidos a las investigaciones por los delitos contemplados en la Ley 19.366.

Sólo se innova en cuando se imparte como nuevo criterio de actuación, el no dar aplicación a esta medida alternativa, cuando el imputado haya sido antes condenado por alguna de las faltas contempladas en la Ley 19.366.

Asimismo se modifica la instrucción entregada en el Instructivo N° 16 de 02.11.2000, en lo relativo a la posibilidad de proponer la suspensión condicional del procedimiento respecto del tráfico de Cannabis Sativa, sancionado en el artículo 5° de la Ley 19.366 en relación al artículo 1° inciso 2 de esa misma Ley, según lo desarrollado en el punto 3. A. del presente instructivo, respecto al primer requisito legal.

### **1.- ANTECEDENTES**

La suspensión condicional del procedimiento es una de las salidas alternativas a la persecución criminal.

La proposición de aplicarla corresponde exclusivamente a los Fiscales del Ministerio Público; mientras que su aprobación o rechazo, por el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos legales, respectivamente, es una facultad jurisdiccional entregada a los Juzgados de Garantía.

Esta Fiscalía Nacional ha entregado criterios generales de actuación para el ejercicio por los Fiscales del Ministerio Público, de la facultad de solicitar la suspensión condicional del procedimiento, a través de los Instructivos N°s 9, modificado por el Oficio N° 163, de 12 de abril de 2002; oficios 16 y 36 de 2000; Of. N° 256 del 20.12.2000; Instructivo N° 61 de 2001; Oficio N° 511, de 27 de noviembre de 2001; y Oficio N° 096

de 10 de Marzo de 2004, que imparte instrucciones generales sobre la suspensión condicional, no obstante estar referido a los delitos menores.

### **1.1. Criterios generales de actuación en materia de suspensión condicional del procedimiento.**

Como se señaló en el Oficio N° 096, de 10 de Marzo de 2004, ha sido preocupación de esta Fiscalía Nacional que se dé efectiva aplicación a lo previsto en el artículo 237 del Código Procesal Penal y a las instrucciones generales impartidas sobre la suspensión condicional del procedimiento.

En ese oficio se plantearon inquietudes y recomendaciones sobre la aplicación de la suspensión condicional, las que se reiteran, pudiendo destacarse entre ellas, lo siguiente:

1) Evitar el apresuramiento innecesario, debiendo esperar a tener los elementos de juicio necesarios para ponderar, no sólo el cumplimiento de los requisitos legales sino que, además, las finalidades sociales y jurídicas de esta salida alternativa y su repercusión en la comunidad. Al respecto, se ha instruido que "conviene recordar que para que se pueda tratar el tema en la audiencia de formalización, se requiere que estén reunidos los elementos investigativos como para apreciar si la pena en concreto excedería o no de los tres años de privación de libertad". (Ver Of. N° 256 del 20.12.2000).

2) Se recordó la instrucción respecto a que "No tiene objeto apurarse en plantear este tema en la audiencia de formalización, si por Ej. hay que investigar todavía las atenuantes y las agravantes que modifican la responsabilidad, la peligrosidad del imputado, la circunstancia fehaciente de que no tiene condena anterior y en especial debe escucharse a la víctima o al ofendido por el delito porque acceder a una suspensión condicional de la pena puede llevar a la extinción de la responsabilidad penal del imputado y además porque la víctima puede plantear la justicia de un acuerdo reparatorio".

Se hizo ver que el apresuramiento en la suspensión condicional ha traído como consecuencia que, en casos en que ha sido revocada luego de algún tiempo, por incumplimiento de las condiciones, al proseguirse la investigación por el fiscal, no se han encontrado antecedentes para acusar como consecuencia de haberse formalizado prematuramente la investigación con el sólo objeto de obtener una suspensión condicional.

Se recordó la necesidad de dar cumplimiento a los criterios de actuación contenidos en el Instructivo General N° 036 enviado mediante oficio N° 249 del 15.12.00 a todas las fiscalías regionales y locales del país, respecto a:

Citar y escuchar a la víctima que tiene el derecho de oponerse a la suspensión condicional y ser oída en la audiencia respectiva.

Ponderar debidamente si la suspensión producirá o no una posible rehabilitación del imputado y si es más que probable que pueda reincidir en el delito, teniendo presente que el artículo 237 del Código Procesal Penal no obliga al fiscal, aun cuando se cumplan los requisitos que establece.

La necesidad de ponderar el impacto social que produce la suspensión. Por Ej., si la comisión de un delito es observada por muchas personas y el hechor es sorprendido de manera flagrante.

La necesidad de ponderar si el hechor tiene investigaciones criminales pendientes o antecedentes policiales varios de detención.

5) Se hizo ver la obligación de los fiscales de no entender terminada su misión profesional con la suspensión condicional, sin preocuparse por el cumplimiento efectivo de las condiciones. Al respecto, el registro de suspensiones condicionales que debe llevar cada fiscalía debe ser revisado periódicamente por los fiscales jefes y hasta por los fiscales regionales, en su caso.

6) Se reiteró el Instructivo General N° 036 en el sentido de ser “aconsejable una actitud inicial prudente y un tanto conservadora, hasta tanto se puedan observar los resultados de las primeras aplicaciones que se hagan de la institución a que se refieren los criterios a instaurar, dadas las dificultades de control a que se ha hecho mención”.

Sin perjuicio de lo anterior, es oportuno recordar que este Fiscal Nacional ha instruido en especial sobre la suspensión condicional respecto a la pena aplicable.

En este sentido, se ha instruido:

En lo que se refiere a la pena que corresponde al delito, aun cuando la exigencia establecida en el artículo 237 letra a) del Código Procesal Penal sobre la pena, dice sólo relación con la que es solicitada para el caso concreto, que no puede exceder de tres años de privación de libertad, se ha instruido no dar aplicación a esa medida alternativa cuando el delito que se investiga tenga asignada, en abstracto, una pena de crimen.

Por Instructivo General N° 036, de 15 de diciembre de 2000, primera parte, §2, se señala que para ese caso, siendo aplicable en abstracto una pena de crimen, aún cuando exista la probabilidad de que la pena en concreto que proceda sea de multa o de presidio o reclusión menor en sus grados mínimo o medio, será preferible esperar el cierre de la investigación y evaluar la pena a requerir para optar por el procedimiento abreviado, en la acusación, o verbalmente en la audiencia de preparación del juicio oral.

En cambio, en el caso de los delitos a los que la ley haya asignado en abstracto una pena de simple delito, y concurriendo los requisitos legales generales, los Fiscales podrán solicitar la suspensión condicional del procedimiento ponderando las circunstancias de la comisión del delito, su naturaleza, modalidad y móviles, el grado de participación del imputado, la naturaleza de las atenuantes y especialmente de las agravantes que concurren, los antecedentes personales, laborales, familiares y de salud del imputado y de la víctima con que cuenten, entre otros aspectos, debiendo desechar este mecanismo y perseverar en la investigación y persecución criminal, cuando aparezca necesaria, por la gravedad y trascendencia de los hechos en el caso concreto (Cfr. Instructivo General N° 36, de 15 de diciembre de 2000, primera parte, §1.1).

### **1.2. Suspensión condicional del procedimiento. Fundamentos.**

Tres son los efectos que el legislador ha perseguido conseguir con este instrumento:

- a) Reasignación eficiente de los recursos del sistema criminal de acuerdo a criterios de racionalidad de persecución penal;
- b) Evitar el etiquetamiento formal; y
- c) Un relevante descongestionamiento del sistema judicial.

Sin embargo, en la aplicación concreta de la suspensión condicional del procedimiento no debe olvidarse que en el hecho presenta dificultades de orden práctico por la inexistencia de mecanismos especializados de control y de seguimiento de las condiciones decretadas por los tribunales en virtud de esta salida alternativa.

### **1.3. Necesidad de ponderar los fundamentos político criminales de la suspensión condicional del procedimiento (y sus dificultades prácticas) con el interés social de preservar el bien jurídico protegido por los delitos contemplados en la Ley 19.366.**

El bien jurídico protegido por los delitos establecidos en la Ley 19.366 es la salud pública, es decir, “la salud

física o mental de aquel sector de la colectividad que puede verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas”<sup>163</sup> (Cfr., en el mismo sentido, Instructivo General N° 35, de 15 de diciembre de 2000).

Esta Fiscalía Nacional ha destacado que **la salud pública es un bien jurídico de relevancia**, cuya afectación es de carácter grave, es decir, de mucha entidad o importancia. (Cfr. Oficio N° 435 de 06 de septiembre de 2004, a propósito de la aplicación del principio de oportunidad).

Asimismo, los delitos contemplados en la Ley 19.366 tienen una sensible valoración social, lo que se demuestra, entre otros aspectos, por la privilegiada cobertura que estas investigaciones tienen en los medios de comunicación social.

Por otro lado, los fundamentos que subyacen a la herramienta de la suspensión condicional del procedimiento apuntan a la configuración de un sistema racional y eficiente de persecución penal, lo que también constituye un interés preponderante en una sociedad democrática.

Estos dos argumentos –en principio contrapuestos– el compromiso de un bien jurídico de relevancia y la existencia de un sistema de persecución penal eficiente, obligan a hacer una muy cuidadosa ponderación entre la necesidad de proteger el bien jurídico “salud pública” y responder a las aspiraciones de persecución penal por parte de la sociedad, como de las exigencias de una eficiente y racional asignación persecutoria de los recursos disponibles en el sistema estatal y la evitación de la estigmatización innecesaria.

## **2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO RESPECTO DE LOS HECHOS PUNIBLES CONTEMPLADOS EN LA LEY 19.366.**

Como se explicó detalladamente en el Instructivo General de este Fiscal Nacional N° 36 de 15.12.2000, para que sea procedente la proposición de suspensión condicional del procedimiento **deben concurrir copulativamente los requisitos legales** establecidos en el artículo 237 del Código Procesal Penal y que son:

- a) Que la pena en concreto que podría llegar a imponerse al imputado determinado en caso de ser condenado, no sea superior a tres años de privación de libertad, es decir, hasta presidio o reclusión menores en su grado medio;
- b) Que el imputado no haya sido antes condenado por otro crimen o simple delito; y
- c) Debe, además, existir acuerdo entre el Fiscal y el imputado.

A ello se agregan las obligaciones contenidas en los instructivos sobre criterios generales de actuación.

## **3. DESARROLLO DE LOS DOS PRIMEROS REQUISITOS LEGALES COPULATIVOS RESPECTO DE LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS:**

A continuación se desarrollan los aspectos que deben considerarse para la proposición de la suspensión condicional del procedimiento con relación a los delitos tipificados en la ley 19.366 sobre tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

<sup>163</sup> Politoff/Matus, “Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes”, en Politoff/Matus (coords.), *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia*. Santiago, 1998, pp. 3-52(14).

**A.- Primer requisito legal: Que la pena que deba imponerse al imputado, en el evento de dictarse una sentencia condenatoria no exceda de tres años de privación de libertad.**

El primer requisito de admisibilidad de la suspensión condicional del procedimiento es que la pena que deba imponerse al imputado, en el evento de dictarse una sentencia condenatoria no exceda de tres años de privación de libertad, es decir, es sólo para los casos en los que el fiscal, de acusar, solicite hasta presidio o reclusión menor en su grado medio.

Se trata de la pena en concreto, es decir, la pena que efectivamente se impondría al imputado en caso de ser condenado, sin considerar para ello la pena abstracta asignada por la ley al delito respectivo.

Lo anterior significa que si, aplicadas las reglas generales de individualización judicial de la pena contempladas en el Código Penal y las especiales de la Ley 19.366, la pena en concreto es una privativa de libertad de hasta tres años, se cumple con el primer requisito para hacer aplicable la suspensión condicional del procedimiento.

No obstante lo anterior, como se ha dicho, la proposición de aplicar la suspensión condicional del procedimiento es una facultad privativa de los fiscales, por lo que, aun dentro de los márgenes legales, es posible no ejercer dicha facultad.

**A.1. Delitos que tienen asignada por la ley penas de presidio o reclusión mayores en cualquiera de sus grados.**

En primer lugar, y siguiendo con los criterios generales establecidos por este Fiscal Nacional, los fiscales deben abstenerse de ejercer su facultad de proponer la suspensión condicional del procedimiento cuando el delito por el que el imputado está siendo investigado tenga asignada por la ley, en abstracto, una pena de crimen de acuerdo a la escala general del Artículo 21 del Código Penal.

Los Fiscales deben abstenerse de ejercer su facultad de proponer la suspensión condicional del procedimiento en los casos de imputados que están siendo investigados por un delito al que la Ley 19.366 le haya asignado en abstracto una pena privativa de libertad mayor en cualquiera de sus grados, aunque por las circunstancias modificatorias, la pena que al imputado pudiera corresponderle en caso de ser condenado sea inferior a presidio o reclusión menor en su grado medio (pena privativa de menos de tres años).

Por lo tanto, no podrá proponerse la suspensión condicional del procedimiento respecto de los siguientes hechos punibles:

<b>Tabla 1.</b> Delitos que tienen asignada por la ley penas de presidio o reclusión mayores en cualquiera de sus grados.	
<b>Delito</b>	<b>Pena</b>
<b>Tipo del art. 1º, inc. 1º:</b> Producción o elaboración de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública	Presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de 40 a 400 UTM
<b>Tipo del art. 3º:</b> Desvío de especies vegetales del género Cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas	Presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de 40 a 400 UTM
<b>Tipo del art. 5º, con relación a art. 1, inc. 1º:</b> Tráfico de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública	Presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de 40 a 400 UTM
<b>Tipo del art. 8º:</b> Prescripción médica abusiva	Presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de 40 a 400 UTM

### **A.2. Delitos que tienen asignada por la ley penas de presidio o reclusión menores y mayores (penas compuestas).**

Los hechos punibles que tienen asignada por la Ley 19.366 penas de presidio o reclusión menores y mayores (penas compuestas) son los siguientes:

<b>Tabla 2.</b> Delitos que tienen asignada por la ley penas de presidio o reclusión menores y mayores (penas compuestas):	
<b>Delito</b>	<b>Pena</b>
<b>Tipo del art. 2º:</b> Cultivo de especies vegetales del género Cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas	Presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de 40 a 400 UTM
<b>Tipo del art. 6º:</b> Producción y tráfico de precursores	Presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de 40 a 400 UTM
<b>Tipo del art. 7º:</b> Suministro abusivo	Presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de 40 a 400 UTM

### **A.3. Delitos que tienen asignada por ley una pena de presidio o reclusión menores**

Los hechos punibles que tienen asignada por la Ley 19.366 penas de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados son los siguientes:

<b>Tabla 3.</b> Delitos que tienen asignada por la ley penas de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados:	
<b>Delito</b>	<b>Pena</b>
<b>Tipo del art. 1º, inc. 1º:</b> Producción o elaboración de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, incapaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública	Presidio menor en su grado máximo <sup>164</sup>
<b>Tipo del art. 5º, con relación a art. 1, inc. 2º:</b> Tráfico de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, incapaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública	Presidio menor en su grado máximo <sup>164</sup>
<b>Tipo del art. 9º:</b> Entrega de bien para consumo o tráfico	Presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de 40 a 200 UTM
<b>Tipo del art. 10:</b> Suministro de hidrocarburos aromáticos.	Presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de 40 a 200 UTM
<b>Regla de punibilidad del art. 24:</b> Conspiración para cometer los delitos de la Ley 19.366.	Presidio menor en su grado medio y multa de 40 a 200 UTM

<sup>164</sup> Es esta una rebaja facultativa de hasta dos grados.

**Alcances en particular respecto de los delitos contemplados en las tablas 2 y 3:**

- Respecto de los delitos contemplados en los artículo 1 inciso 1 (producción o elaboración de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas) o artículo 5 (tráfico de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas) de la Ley 19.366, cuando sea aplicable la posibilidad de rebaja contemplada en el artículo 1 inciso 2 Ley 19.366 se estima recomendable no aplicar la suspensión condicional del procedimiento.
  - Respecto del delito contemplado en el artículo 2 (cultivo de especies vegetales del género Cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas), si atendida la gravedad de los hechos y las circunstancias personales del responsable se considera factible aplicar la rebaja facultativa, ésta podrá ser considerada por el fiscal para efectos de la suspensión condicional del procedimiento, siempre que la cantidad de las especies vegetales cultivada sea escasa, y se cumpla con las condiciones que se indican a continuación.
- En cuanto a los demás delitos contenidos en las Tablas 2 y 3, los fiscales harán un ejercicio prudente de la facultad de proponer la suspensión condicional del procedimiento, cuando concurran **copulativamente los siguientes requisitos:**
- a) Que la escasa cantidad producida o traficada haga posible y razonable pensar que no se produce una atendible sensibilización del bien jurídico protegido;
  - b) Que le favorezcan al imputado circunstancias atenuantes, en los siguientes casos, considerando especialmente la entidad de las atenuantes que concurran o la eficacia de la colaboración prestada:
    - i. Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes de responsabilidad penal de las establecidas en el Artículo 11 del Código Penal; o
    - ii. Cuando, a juicio del fiscal, el imputado haya prestado a la investigación su colaboración eficaz, en el sentido del Artículo 33 de la Ley 19.366, es decir, haya suministrado datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables que conduzcan al esclarecimiento de los hechos investigados o a la identificación de los responsables, o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad de los contemplados en la Ley 19.366.

Por el contrario, deberán abstenerse de ejercer la facultad de proponer la suspensión condicional del procedimiento, aunque concurran los supuestos anteriores, cuando

- a) al imputado le sea aplicable alguna de las circunstancias agravantes de responsabilidad penal de las contempladas en el Artículo 23 de la Ley 19.366; o
- b) al imputado le sean aplicables dos o más de las circunstancias agravantes de responsabilidad penal de las contempladas en el Artículo 12 del Código Penal.

**B.- Segundo requisito legal:** Que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

En las investigaciones por delitos contemplados en la Ley 19.366, los fiscales tienen impedido proponer la suspensión condicional del procedimiento, conforme a lo previsto en la letra b) del artículo 237 del Código Procesal Penal, cuando el imputado haya sido antes condenado por un crimen o un simple delito. Es nece-

sario en éste evento la existencia de una sentencia condenatoria firme, independientemente del plazo que haya transcurrido desde dicha ejecutoriedad, y siempre que se mantenga vigente la respectiva anotación en el Registro General de Condenas a que se refiere el Decreto Ley N° 645 de 1925.

Adicionalmente, si el imputado en la causa por infracción a la ley 19.366 en que se analiza aplicar la suspensión condicional del procedimiento ha sido condenado por alguna de las faltas de la ley 19.366 o está formalizado por cualquier otro delito, se sugiere como criterio de actuación el no dar aplicación a esta medida alternativa.

#### **4.- OTROS DELITOS CONTEMPLADOS EN LA LEY N° 19.366.**

##### 4.1. Delitos especiales con sujeto activo calificado (funcionarios públicos).

Los fiscales no podrán proponer la suspensión condicional del procedimiento respecto de aquéllos delitos especiales contemplados en la Ley N° 19.366, que tengan como sujeto activo a un funcionario público. Tales delitos son los descritos y sancionados en los artículos 11 inciso 2 (porte o consumo en actos de servicio por personal de Gendarmería y de la Policía de Investigaciones), 21 (omisión dolosa por beneficio de denunciar los delitos de esta misma ley) y 33F inciso tercero de la Ley N° 19.366 (revelación de actuaciones judiciales o administrativas secretas por protección de testigos).

##### 4.2. Delitos sancionados en los artículos 33B y 33F inciso cuarto de la Ley 19.366, independientemente del sujeto activo.

Respecto de los delitos sancionados en los artículos 33B y 33F inciso cuarto de la Ley 19.366, los fiscales también deberán abstenerse de proponer la suspensión condicional del procedimiento, independiente de la calidad de funcionario público o de particular de la persona que aparezca como su autora.

##### 4.3. Ilícito previsto y sancionado en el artículo 11 de la ley 19.366.

El inciso primero del artículo 11 de la Ley N° 19.366 sanciona el tráfico o consumo efectuado, a bordo o en el cumplimiento de sus funciones, por los Oficiales y el personal de Gente de Mar de dotación de buques de la marina mercante, de naves especiales y de artefactos navales.

Los sujetos activos del delito sancionado en el inciso primero son: Los Oficiales y el personal de Gente de Mar de dotación de buques de la marina mercante, de naves especiales y de artefactos navales.

El personal embarcado o «gente de mar» «es el que, mediando contrato de embarco, ejerce profesiones, oficios u ocupaciones a bordo de naves o artefactos navales» (artículo 47 DL 2.222, Ley de Navegación).<sup>165</sup>

<sup>165</sup> De acuerdo a lo dispuesto en la ley de Navegación (DL 2.222) «el personal embarcado o «gente de mar» se divide en las siguientes categorías, según la clase de nave en que presta servicios:

1. De naves mercantes: a) Capitán; b) Oficiales; y c) Tripulantes.

2. De naves especiales y menores: a) Patrones; b) Oficiales de naves especiales; c) Tripulantes de naves especiales; y d) Pescadores artesanales» (art. 48 Decreto ley N° 2.222).

Para desempeñarse como oficial de naves nacionales, será necesario poseer título de tal (de los fijados en el reglamento) y licencia de embarco, otorgados por el Director de DIRECTEMAR, ser chileno y estar inscrito en el registro de oficiales de naves. Entonces, la expresión «Oficiales» no se refiere a los oficiales de la Armada, sino que a los que están debajo del capitán en el mando jerárquico y que son civiles, sujetos en el desempeño de sus funciones a la Ley de Navegación.

Por tanto, dentro del inciso primero quedan comprendidos sólo personas civiles no funcionarios públicos.

Por su parte, de los militares del personal de Gendarmería y de la Policía de Investigaciones (y que son, por tanto, funcionarios públicos de acuerdo al artículo 260 del Código Penal), se encarga el inciso segundo.

El inciso segundo sanciona el porte y consumo, en actos de servicio, del personal de Gendarmería y de la Policía de Investigaciones, no haciendo aplicable el elemento negativo del autoconsumo. Igual conducta y con la misma pena y limitación, sanciona el artículo 299 bis del Código de Justicia Militar, respecto de los «militares» (sujeto activo calificado). Según el artículo 6 CJM son militares «los que se encuentren comprendidos en las leyes de planta o dotación del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Carabineros; los alumnos que efectúen los dos últimos años en las escuelas matrices para oficiales de las Fuerzas Armadas, y los aspirantes a oficiales que integren los cursos de la Escuela de Carabineros; los Oficiales de Reclutamiento; los conscriptos; los miembros de las Fuerzas Armadas desde que sean llamados al servicio; las personas que las sigan en campaña en estado de guerra; y los prisioneros de guerra.»

Atendido que el bien jurídico protegido por el delito del artículo 11 inciso 1 de la Ley 19.366 es la salud pública y la seguridad del tráfico marítimo, se sugiere a los Fiscales abstenerse de proponer la suspensión condicional del procedimiento tratándose de este delito.

## **5.- TRAMITACIÓN.**

En lo relativo a la tramitación de la proposición de la suspensión condicional deben aplicarse los criterios generales de actuación contemplados en el Instructivo General N° 36, antes indicado, es decir:

- a) En cuanto a la oportunidad, en términos generales, resultará prematuro y arriesgado plantearse la posibilidad de sugerir y proponer el acuerdo de suspensión condicional del procedimiento durante la audiencia de formalización. Se instruye, por tanto, a los fiscales para que realicen el análisis de la posibilidad de aplicación de esta medida, sólo una vez que cuenten con todos los antecedentes necesarios para ello, debiendo requerir especialmente el certificado de antecedentes penales, corroborar la pena que la ley penal asigna al delito, la calificación jurídica de la participación que le ha cabido al imputado, así como el estudio de las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieren concurrir en el caso concreto y la forma como influyen en la determinación de dicha pena.
- b) Aunque su presencia no es requisito de validez de la respectiva audiencia, si el querellante concurre a ella, la ley requiere que él sea oído <sup>166</sup>.

## **6.- SOBRE LAS CONDICIONES EN QUE PUDIERE CONSISTIR LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL.**

En los casos excepcionales en que se haga uso de este mecanismo de solución alternativa, nunca deberá estipularse como condición para que se decrete la suspensión del procedimiento el pago de una suma de dinero, esto es, la condición establecida en la letra e) del artículo 238 del Código Procesal Penal.

Por el contrario, se sugieren como condiciones que el imputado tenga o ejerza un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asista a algún programa educacional o de capacitación, (Art. 238 letra d) del Código Procesal

<sup>166</sup> En la investigación RUC 0400308619-K de la Fiscalía Local de Punta Arenas, la Gobernación de Magallanes dedujo querrela criminal que fue admitida a tramitación por el Juzgado de Garantía de esa ciudad. El querellante fundó su legitimación activa en el artículo 111 del Código Procesal Penal.

Penal); que tenga residencia en un lugar determinado (Art. 238 letra a) del Código Procesal Penal) ; y que fije domicilio conocido e informe al Ministerio Público de cualquier cambio del mismo (Art. 238 letra g) del Código Procesal Penal).

### **7.- FALTAS DE LA LEY 19.366.**

Por expresa disposición legal, respecto de las faltas contempladas en el artículo 41 de la Ley 19.366, el fiscal puede proponer al juez la suspensión condicional del procedimiento, en los términos de los artículos 237 y siguientes del Código Procesal Penal, pudiendo imponerse como condición la asistencia obligatoria a programas de prevención hasta por sesenta días, o de tratamiento o rehabilitación, según sea el caso, por un período no inferior a ciento ochenta días, en instituciones consideradas idóneas por Servicio de Salud de la ciudad asiento de la Corte de Apelaciones respectiva. (artículo 42 inciso final de la Ley 19.366).

### **8.- CONCLUSIONES.**

La medida alternativa de suspensión condicional es facultativa para los fiscales sin que estén obligados a proponerla cuando sea legalmente procedente.

Teniendo en cuenta lo anterior y atendido que el bien jurídico protegido por los delitos contemplados en la Ley 19.366 es la salud, bien de relevancia, se instruye como criterio general ser especialmente estricto en la aplicación de tal medida, y hacerlo cuando efectivamente se cumplen cada una de las exigencias legales y las instrucciones impartidas mediante los instructivos citados y en el presente oficio.

Es el modo de concordar la importancia del bien protegido con el objetivo de instar por un sistema racional y eficiente en la persecución penal.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe destacar que se imparte como nuevo criterio de actuación, el de no dar aplicación a esta medida alternativa, cuando el imputado haya sido antes condenado por alguna de las faltas contempladas en la Ley 19.366.

Cabe hacer presente que las instrucciones generales aquí desarrolladas, modifican la instrucción entregada en el Instructivo N° 16 de 02.11.2000, en lo relativo a la posibilidad de proponer la suspensión condicional del procedimiento respecto del tráfico de Cannabis Sativa, sancionado en el artículo 5° de la Ley 19.366 en relación al artículo 1° inciso 2 de esa misma Ley.

\*\*\*\*\*

**Agradeceré a Uds. distribuir este oficio y promover su discusión al interior de las fiscalías para que sea debidamente comprendido y para que se formulen las observaciones que sean pertinentes para su consideración por el Fiscal Nacional.**

Saluda atentamente a UDS.

**GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD  
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO**

GPR/SOH/RND

**OFICIO FN. N° 542 /**

**ANT.: Instructivos N°s 42 y 75 del año 2001, oficios FN N°551 de 2003, y 037, 096 y 272 de 2004.**

**MAT.: Criterios de actuación en relación al Archivo Provisional.**

**SANTIAGO, noviembre 23 de 2004**

**DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

**A : SRS. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAÍS,  
DIRECTORES DE UNIDADES ESPECIALIZADAS Y ASESORES  
JURÍDICOS.**

**I.- ANTECEDENTES.**

Mediante el Instructivo General N° 42, del año 2001, se señaló como criterio general para el ejercicio del archivo provisional, la exigencia de realizar en forma previa, las diligencias mínimas y fundamentales de investigación, tales como la citación de la víctima para aportar mayores antecedentes, pericias, empadronamiento e interrogación de testigos, según la naturaleza y gravedad de los casos.

En esta primera orientación se estableció un criterio que fue calificado posteriormente de restrictivo y que se fijó considerando que se trataba de una institución nueva que requería de un tiempo prolongado para ser explicada a la comunidad y a las víctimas en particular.

Posteriormente, ante diversas críticas de capacitadores y teóricos de la reforma, se liberalizó dicho criterio, reemplazándolo en el instructivo N°75 del mismo año, permitiéndose archivar sin más trámite la denuncia de un delito que no merecía pena aflictiva, cuando no existieran antecedentes que pudieran conducir a una investigación exitosa, aclarándose que si bien no se requería del despacho de una orden de investigar, era necesario citar a la víctima o denunciante para que aportara más antecedentes.

Mediante este nuevo criterio de actuación se aumentaron drásticamente los porcentajes de archivos provisionales y esta institución pasó a ser la principal salida del nuevo sistema.

Sin embargo, se ha podido observar que en muchas partes del país, en especial en las Fiscalías de las ciudades de mayor población, se ha procedido al archivo provisional pocos días después de efectuada la denuncia e incluso en el mismo día de su presentación y sin escuchar a la víctima. Esta circunstancia, de público conocimiento, ha hecho que en algunos lugares Carabineros haya desalentado a las víctimas para presentar denuncias, cuando no cuentan con antecedentes que aportar, haciendo ver que el fiscal de inmediato procederá al archivo provisional.

También se pudo observar que los fiscales daban por terminado el caso y que no existe una preocupación sistemática para relacionar los hechos delictuosos que ocurren con cierta frecuencia en determinados núcleos poblacionales del país, para determinar vinculaciones o conexiones criminales que permitan detectar a las bandas u organizaciones criminales y evitar la impunidad en la comisión de delitos menores.

Ese proceder, además de no dar cumplimiento a las exigencias mínimas de investigación, ha llevado a que en la opinión pública exista la convicción de que se procede al archivo provisional para dar cumplimiento a fines estadísticos, primando ese objetivo por sobre los intereses de las víctimas como personas concretas afectadas por hechos delictuosos. Estas críticas también fueron recogidas por la Comisión de Expertos que analizó a fines del año 2003 la implementación de la reforma procesal penal en el país.

Ello motivó que a comienzos de este año, se determinara volver a los criterios expresados en el instructivo general N° 42, lo que fue dispuesto mediante el oficio FN N° 096, de 10 de Marzo de 2004, sobre la persecución de delitos menores, en el que se señaló que era necesario realizar las diligencias mínimas indicadas que deriven del hecho denunciado antes de decretar el archivo provisional, lo que junto con aumentar las posibilidades de esclarecer las circunstancias de lo ocurrido, evitarían la sensación de impunidad existente en la ciudadanía.

**No obstante lo ya indicado en el Instructivo N°096, de 2004, se ha estimado necesario reiterar estos criterios de actuación, así como sistematizar las instrucciones de carácter general que se han dictado en lo referente a la aplicación restrictiva del Archivo Provisional en ciertas categorías de delitos.**

## **II.- LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL**

El artículo 167 del C.P.P. dispone: *«En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos».*

*«Si el delito mereciere pena aflictiva, el fiscal deberá someter la decisión sobre el archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional».*

*«La víctima podrá solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del ministerio público.»*

Además, el artículo 169 del mismo Código contempla la posibilidad que se reclame judicialmente de la determinación del Fiscal, mediante la interposición de una querrela ante el Juez de Garantía, quien, si la admite a tramitación, obliga al fiscal a *“seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales”*.

Lo que se busca con el archivo provisional es descongestionar el sistema criminal, ya que existe una numerosa cantidad de delitos denunciados que no tienen posibilidad de ser aclarados, por lo que es necesario archivarlos, sin perjuicio de procesar los datos y antecedentes que contengan las respectivas denuncias, para acumularlos a otras de similares características y eventualmente de esta manera lograr el esclarecimiento futuro de alguno o algunos de aquellos.

## **III.- REQUISITOS PARA QUE SE DISPONGA EL ARCHIVO PROVISIONAL**

1º No debe haberse producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento.

El efecto de la intervención del Juez de Garantía está analizado en profundidad en el instructivo 75, y en el oficio FN N° 037 de 26 de Enero de 2004, que lo complementa. Entre otros casos de intervención del juez de garantía, se cita el producido por la solicitud de diligencias que restringen los derechos constitucionales de los imputados, o el pronunciamiento sobre la prisión preventiva o sobre medidas cautelares, o respecto

a la admisibilidad de una querrela. Se precisa que en cambio, que no constituye una intervención del Juez de Garantía, el mero hecho de recibir una denuncia de un delito que es derivada a la correspondiente fiscalía.

2° Es exigencia del archivo provisional, que de los antecedentes reunidos en las investigaciones no aparecieren indicios suficientes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Al aludir la disposición al «esclarecimiento de los hechos» entendemos que se refiere al cuerpo del delito (hecho punible) y/o a la participación de los autores, cómplices o encubridores.

Es menester, entonces, que de los antecedentes reunidos en las pesquisas preliminares no aparezcan indicios suficientes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos, tanto respecto del cuerpo del delito, como de la participación.

En cuanto al momento y oportunidad en que proceda dar aplicación al archivo provisional, se ha establecido que esa medida no puede ser una respuesta inmediata del sistema, sino que deben realizarse algunas mínimas diligencias, y se ha instruido que en ciertas categorías de delitos, su uso se restrinja, de modo que antes de aplicar esta salida temprana deban decretarse algunas diligencias, tal como se analizará en un párrafo aparte.

3° Aprobación del Fiscal Regional en casos de penas aflictivas abstractas.

Se trata de la pena abstracta asignada al delito. Si es aflictiva, es decir, si la ley impone al ilícito penal la pena de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos u otra mayor, aunque comiencen en un grado inferior, es requisito previo la aprobación del Fiscal Regional, quien deberá tener en cuenta al momento de resolver, los criterios de actuación que se encuentran vigentes, y que se han reiterado en los párrafos anteriores.

En el mismo caso, y aunque sea obvio, es necesario destacar que, tratándose de un delito que merezca pena aflictiva, **sólo una vez que el respectivo Fiscal Regional haya dado su aprobación al archivo provisional y no antes**, puede comunicarse a la víctima la decisión de archivar provisionalmente una investigación, ya que ésta decisión sólo producirá sus efectos una vez que el Fiscal Regional “confirme” la salida adoptada. Los procesos de trabajo o de gestión de cada Fiscalía deberán adecuarse al criterio antes señalado.

4° Reapertura a petición de la víctima.

En caso que la víctima pretenda que se continúe con la investigación, debe solicitar al fiscal la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias precisas y determinadas de investigación. Se trata de requisitos copulativos, es decir, no basta la sola solicitud de reapertura sino que tiene que ir acompañada de la petición de diligencias precisas y concretas. De la negativa puede reclamar al Fiscal Regional.

Para la petición de reapertura del procedimiento y diligencias, la ley procesal no indica plazo alguno, por lo que habrá de entenderse, siguiendo el espíritu de lo señalado en el artículo 248 inciso final del C.P.P., que será admisible mientras estén corriendo los plazos de prescripción de la acción penal.

#### **IV.- EL ARCHIVO PROVISIONAL EN INVESTIGACIONES DE DETERMINADOS CATEGORÍAS DE DELITOS.**

El uso de esta salida temprana ha sido materia de especial regulación respecto de diversos ilícitos a través de los oficios de este Fiscal Nacional, estableciendo restricciones para su aplicación. A continuación reiteramos estos criterios, que se encuentran plenamente vigentes y que son obligatorias en su aplicación para todos los fiscales adjuntos, sin perjuicio de establecer una nueva situación para ciertos delitos de carácter económico:

- **En el oficio FN N°096 de 10 de marzo de 2004**, en el que, respecto a los delitos menores, se instruyó aplicar los criterios instruidos en el original instructivo 42, en cuanto resulta necesario realizar las diligencias mínimas de investigación, en forma previa a adoptar un Archivo Provisional, aún cuando se pueda vislumbrar que no existirán indicios suficientes que permitan esclarecer el caso. Entre otras diligencias o actuaciones se sugirió:

- a) Citar y tratar de escuchar a la víctima de los delitos menores, por si pueden aportar más antecedentes del delito y de los partícipes y para explicarles el sentido y alcance del archivo que es eminentemente provisional mientras aparezcan nuevos antecedentes.
- b) Despachar una orden de investigar a la Policía que corresponda, solicitándoles que traten de establecer las posibles conexiones con delitos de similar naturaleza perpetrados en lugares cercanos de la población respectiva.
- c) Se recomendó que en las fiscalías regionales se estableciera una unidad especial de delitos menores que trabajara coordinadamente con las policías y con las autoridades respectivas del gobierno interior encargadas de la prevención de los delitos.
- d) También se recomendó que, sin perjuicio del archivo provisional, se instruyera a los fiscales que revisaren en los 60 días posteriores al archivo, la posibilidad de reabrir los casos con nuevos antecedentes.
- e) Se recomendó a las fiscalías regionales que por intermedio de los medios de comunicación y a través de sus fiscales, voceros, asesores jurídicos o abogados capacitados, explicaran detalladamente el mecanismo del archivo provisional y haciendo las comparaciones con el sistema antiguo que sobreesía temporalmente más del 80% de las denuncias por falta de antecedentes. En dichas difusiones, se debe poner énfasis en el carácter provisional del archivo y en el hecho de que, como la víctima debe ser oída, puede pedir la reapertura del caso con nuevos antecedentes y puede querellarse para impedir el archivo provisional.

- **En el oficio FN N°551 de 13 de noviembre de 2003** se recordó que a ***los delitos que afecten la libertad sexual, la vida y la libertad personal, necesariamente deberán ser investigados hasta agotar efectivamente los medios razonables de esclarecimiento del ilícito denunciado y de sus autores, antes de dar aplicación a al archivo provisional, restringiendo en consecuencia su aplicación en forma automática.***

En dicho Instructivo se agregó a ese listado a ***los delitos que comprometan la probidad funcionaria, el patrimonio fiscal o el de órganos estatales, o en que hayan participado funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos***, pues estos ilícitos no son calificables de delitos de común ocurrencia y/o de poca envergadura, por lo que se instruyó que la aplicación de esta facultad se efectuara restrictivamente, agotando en forma previa los medios razonables de investigación, y ***debiendo someter la decisión al conocimiento del Fiscal Regional, aunque no tuviera asignada una pena aflictiva.***

- **El oficio FN N°272, de 16 de junio de 2004**, en cuanto al delito de receptación, se ha señalado que “los fiscales no archivarán la causa, sin antes haber interrogado al imputado acerca de la procedencia de las especies, con el fin de poder determinar la cadena que se inició con el delito original... en el evento de poder identificar al propietario de la especie sustraída, se citará, con el objeto que proporcione los antecedentes del delito originario, y una posible identificación de los responsables”.

• En los **Delitos Tributarios**, en los **Contrabandos** y en las causas que tienen su origen en la **Ley de Valores**, los Servicios de Impuestos Internos y Aduanas así como la Superintendencia de Valores, han conservado la facultad de recopilar antecedentes e «investigar» las infracciones a las leyes especiales, que regulan las correspondientes actividades, de manera tal que respecto de los delitos tributarios y del contrabando sólo es posible el inicio de la investigación previa denuncia del Servicio respectivo, y tratándose de delitos de valores, si bien cualquiera persona puede denunciar y el fiscal puede iniciar de oficio la investigación, la ley establece que cuando la Superintendencia conozca de hechos que puedan ser constitutivos de delitos, el plazo para denunciar comenzará a correr después que se haya efectuado la «investigación» preliminar o administrativa respectiva.

Por lo anterior, ya sea porque la ley lo exige o porque en la práctica no habrá otra manera de conocer los hechos constitutivos de estos delitos, los casos que llegan al sistema son aquellos que **tiene cierta viabilidad** por lo que el fiscal debe investigar exhaustivamente estas causas, sin perjuicio del rumbo que ésta tome posteriormente. De modo que, por la propia naturaleza de estas investigaciones resulta **improcedente** decretar el archivo provisional en estos casos.

\*\*\*\*\*

**Lo expuesto puede extractarse en los siguientes puntos que constituyen criterios general de actuación impartidos por esta Fiscalía Nacional:**

**1. En los casos de delitos que no tienen asignada por la ley una pena aflictiva, los fiscales podrán decretar el archivo provisional si, puesta una denuncia en su conocimiento, no emanaren de ésta antecedentes que pudieren conducir a una investigación exitosa. El ejercicio de esta facultad no debe realizarse en forma automática, sino que requiere la realización de algunas básicas diligencias, y de conformidad con las instrucciones vigentes del Fiscal Nacional. Ello es especialmente aplicable a los delitos menores y de receptación.**

**2.- Si por el contrario, de trata de delitos que tienen asignada por la ley una pena aflictiva, el ejercicio de esta facultad se encuentra sujeto a la aprobación del Fiscal Regional, autoridad que deberá seguir los criterios de actuación anteriores. El fiscal adjunto, antes de adoptar su decisión, deberá evaluar con detención la necesidad de realizar diligencias preliminares, en atención a la viabilidad de obtener algún resultado exitoso en el esclarecimiento de los hechos. Además, sólo deberá comunicarse esta decisión a la víctima luego que el Fiscal Regional se haya pronunciado favorablemente al respecto. Del mismo modo debe procederse en los delitos funcionarios, cualquiera que sea la pena asignada al delito.**

**3. En los delitos que afecten la libertad sexual, la vida y la libertad personal, no puede decretarse el archivo provisional sin antes haber agotado efectivamente los medios razonables de esclarecimiento del ilícito denunciado y de sus autores.**

**4.- No es aplicable el archivo provisional en las investigaciones sobre delitos tributarios, de contrabando y delitos contemplados en la Ley de Valores.**

**5.- En los casos de delitos flagrantes, los fiscales continuarán con la investigación conforme a las reglas generales.**

**6.- Finalmente, recordar que es obligación del Ministerio Público procesar los datos y antecedentes que se obtengan en las causas archivadas provisionalmente, a fin de permitir a futuro reabrir las si**

**existen indicios que permitan lograr el esclarecimiento de alguno o algunos de aquellos delitos archivados.**

\*\*\*\*\*

Agradeceré a los Srs. Fiscales Regionales dar la necesaria distribución a este Instructivo para su cumplimiento y hacer llegar las observaciones que les merezcan.

Saluda atentamente a UDS.,

**GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD  
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO**

GPR/HFA

**OFICIO F.N. N° 554 /**

**ANT. : Oficio N° 138 de 14 de Abril de 2004 que complementó Instructivo N° 31 de 12 de diciembre del año 2000, sobre control de identidad.**

**MAT. : Complementa Oficio anterior en materias de control de identidad e imparte nuevos criterios de actuación.**

**SANTIAGO, diciembre 02 de 2004**

**DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO**

**A : SRES. FISCALES REGIONALES, FISCALES ADJUNTOS, DIRECTORES UNIDADES ESPECIALIZADAS Y ASESORES JURÍDICOS**

### **I.- INTRODUCCIÓN**

Como es sabido, cada vez que lo estima pertinente, la defensa solicita la exclusión de las pruebas en que se apoya el Ministerio Público para acreditar el delito y la participación del imputado. Esta solicitud, se ha planteado, incluso, desde el inicio de la investigación, en las audiencias de control de detención.

En esa línea, algunos defensores han sostenido ante los Tribunales de Justicia una interpretación muy restringida del artículo 85 del Código Procesal Penal, con el fin de dar un sentido distinto al querido por el legislador a esa facultad preventiva policial.

Esta Fiscalía Nacional ha estimado necesario analizar un caso particular ocurrido en el Norte de nuestro país, relativo al tema en análisis, con el fin de complementar los criterios de actuación dictados en el oficio N° 138 de Abril 14 de 2004, a los cuales los Fiscales deberán atenerse.

Lo anterior, en razón de ser esta materia sensible, no sólo para el Ministerio Público, por las consecuencias jurídicas que puede aparejar, como lo ocurrido en el caso en estudio, sino también para las Policías, por afectar directamente sus facultades preventivas.

### **II.- PRINCIPALES ASPECTOS DE LA CAUSA EN ANALISIS**

En causa R.U.C. 0200119387-5, por Infracción Artículo 5° Ley 19.366 (cannabis sativa), de la Fiscalía Local de Coquimbo se produjeron los siguientes hechos:

#### **1.- Inicio de la investigación**

El día 04 de octubre de 2002, a las 23:00 horas, funcionarios policiales en patrullaje preventivo, ven a dos sujetos que al percibir la presencia policial, ingresan a un local comercial, actitud sospechosa para los funcionarios, por lo que proceden a efectuarles un control de identidad de acuerdo al artículo 85 del Código Procesal Penal.

Uno de los controlados exhibió su cédula de identidad manteniendo siempre una actitud que, para uno de los funcionarios, le impresionó como de ocultamiento de algún objeto, razón por la cual procedió al registro de sus vestimentas, encontrando una bolsa de polietileno con 197 gramos de cannabis sativa, \$26.500 en dinero en efectivo, en billetes de baja denominación y un teléfono celular.

Acto seguido, dicho sujeto fue detenido por los funcionarios, pues consideraron **se encontraba en situación de flagrancia**.

## **2.- Principales Audiencias**

### a).- Audiencia de control de detención

Con fecha 5 de octubre de 2002, se efectuó ante el Juez de Garantía, la audiencia de control de detención respectiva. En dicha audiencia la Defensa planteó, entre otros, los siguientes argumentos con el fin de que se declarara la ilegalidad de la detención:

a.- El motivo del control de identidad no puede ser la actitud sospechosa de un sujeto, pues lo que exige la ley es una sospecha fundada.

b.- El control de identidad habría terminado cuando el imputado exhibió la cédula de identidad al policía, por lo que no procedía el registro posterior, el cual fue ilegal.

c.- Siendo ilegal el registro, consecuentemente se encuentran viciado todos los actos posteriores, es decir, el registro y la detención.

Por su parte, la Fiscalía argumentó lo siguiente:

El Fiscal hace ver el contexto en el que se realiza el control de identidad, procediendo a la lectura de la declaración del funcionario, con el fin de acreditar que se encontraban en el "caso fundado", exigido por la Ley. Argumenta, además, que el porte de droga es un delito permanente y la detención se ajusta a lo previsto en el artículo 130 del Código Procesal Penal.

### **Resolución del Tribunal:**

Luego de oídas las alegaciones, el Tribunal resuelve que el control de identidad no se ajustó al artículo 85 del Código Procesal Penal "toda vez que la circunstancia de que el imputado haya ingresado a un local comercial al percibir la presencia policial no puede considerarse como constitutiva de un indicio que hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta." "Es decir, los funcionarios policiales no estaban ante un caso fundado que los autorizara para solicitar la identificación de la señalada persona, y en consecuencia, tampoco para proceder al registro de sus vestimentas, y a su detención; por lo que en dicha virtud, el tribunal declara que la detención de Juan Fernando Díaz Molina no se encuentra ajustada a derecho, y ordena su inmediata libertad".

En esa audiencia la Fiscalía no formaliza y no interpone recurso alguno en contra de la resolución.

### b).- Formalización

Con fecha 6 de enero de 2003, se procede a formalizar la causa, por los hechos constitutivos de flagrancia, sin hacer alusión al control de identidad. Se imputa el delito de Tráfico Ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 5º en relación al artículo 1º de la Ley 19.366, en grado de consumado, atribuyendo al imputado participación en calidad de autor en dicho ilícito.

La Fiscalía, no solicitó la Prisión Preventiva ni otra medida cautelar, por lo que el Tribunal sólo apercibió al imputado para que fijara domicilio.

#### c).- Audiencia de Preparación de Juicio Oral

Con fecha 31 de marzo de 2004, se realiza la audiencia a que se refiere el artículo 260 del Código Procesal Penal. En ella, la defensa solicita la exclusión de casi toda la prueba presentada por la Fiscalía, fundada básicamente en la resolución de la audiencia de control de detención.

En dicha audiencia, no se solicitó ningún tipo de inhabilidad del Juez de Garantía, que era el mismo que ya se había pronunciado sobre la ilegalidad del control de detención.

La defensa solicitó se excluyeran las siguientes pruebas:

a) Las declaraciones de los funcionarios policiales; b) El peritaje químico; c) La pericial fotográfica; d) la evidencia del teléfono celular; e) El comprobante de depósito a plazo.

#### Argumentos de la Defensa para solicitar la exclusión de la totalidad de la prueba que busca acreditar el delito y la participación.

1) Se solicitó la exclusión de la prueba en base a lo previsto en el artículo 276 del Código Procesal Penal. Señala la defensa que son pruebas que provienen de actuaciones o diligencias declaradas nulas. La diligencia declarada nula es la detención, que se origina en un control de identidad no ajustado a derecho, por lo que todo lo que proviene desde la diligencia Nula, como lo fue el registro, es Nulo.

2) En subsidio, solicitó la exclusión de la prueba por inobservancia de garantías fundamentales, argumentando que se transgredió lo previsto en los artículos 19 N° 7 y 3 en relación a los artículos 6 y 7, todos de la Constitución Política del Estado y el artículo 85 del Código Procesal Penal.

#### Argumentos de la fiscalía.

1.- En cuanto al argumento de exclusión de la prueba proveniente de actuaciones o diligencias declaradas nulas, la Fiscalía solicitó su rechazo, fundándose en que el Código Procesal Penal exige que previo a la audiencia, existiera una actuación que hubiera sido declarada nula por resolución judicial. Situación que en el caso particular no había ocurrido.

2.- Respecto de inobservancia de garantías fundamentales:

Respecto de esta solicitud el Fiscal argumentó, en síntesis, que no se vislumbra cual sería la garantía vulnerada con una detención declarada ilegal. Aún en el evento que se hubiese vulnerado una garantía, ello no es obstáculo para la exclusión de los testigos como medios de prueba, pues sus declaraciones contenidas en la investigación no provienen de diligencias declaradas nulas.

#### **Resolución del Tribunal**

Luego de escuchar a los intervinientes, el Juez de garantía resolvió lo siguiente:

En cuanto a la solicitud principal formulada por el defensor, el tribunal la rechaza por no existir actuación o diligencia alguna que haya sido declarada nula en este procedimiento.

Respecto de la inobservancia de garantías fundamentales, el tribunal razona de la siguiente manera: En el control de detención se estimó que las circunstancias de que se realizara un control de identidad en base a que un sujeto, al percibir la presencia policial, hubiera ingresado a un local comercial, no podían considerarse como constitutivas de indicios que habilitaran a aplicar las facultades del artículo 85 del Código Procesal

Penal. Siendo así, se declaró que la detención no se encontraba ajustada a derecho. Por lo anterior, el registro al imputado fue efectuado en un contexto de privación de libertad y de afectación a su intimidad, inobservándose las garantías fundamentales aseguradas en el Artículo 19 N° 7 y N° 4 de la Constitución Política de la República que aseguran la libertad personal y la seguridad individual y el derecho a la intimidad de toda persona. Por tanto se da lugar a la exclusión de la prueba solicitada por la defensa.

De este modo, la única prueba con que contaba la Fiscalía en la audiencia juicio oral era el extracto de filiación y antecedentes del acusado.

### **3.-Recursos interpuestos:**

Con Fecha 05 de abril de 2004 (conforme lo registra el SAF), la Fiscalía presentó un recurso de apelación, en contra del auto de apertura, basado en los siguientes aspectos:

a.- Se defiende la legalidad del procedimiento de control de identidad realizado por los funcionarios policiales, explicitando las condiciones fácticas en que éste tuvo lugar. Además se analizan las situaciones legales que habilitan a los funcionarios para su realización.

b.- Se razona en torno a que, si como resultado de un procedimiento de acuerdo al artículo 85 del Código Procesal Penal ajustado a derecho, (como es el caso en cuestión) se descubre una flagrancia, los funcionarios policiales están obligados a realizar la detención, en virtud del artículo 129 y 130 del Código Procesal Penal.

c.- Respecto de la vulneración de lo establecido en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, no se ve cómo ella se pudo producir, pues los antecedentes de hecho habilitaban a los funcionarios para aplicar el artículo 85 del Código Procesal Penal y, es más, se descubrió la comisión flagrante de un crimen.

d.- En cuanto a la vulneración del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política del Estado, en los hechos nos encontramos con un delito flagrante de acuerdo al artículo 130 del Código Procesal Penal y se dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 127 inciso 2 del Código Procesal Penal.

e.- Finalmente se argumenta que, atendido que en contra de la resolución judicial que declara ilegal la detención no procede recurso alguno, la oportunidad procesal para plantear una discusión a su respecto es la audiencia de preparación de juicio oral, pues en dicha audiencia se ofrecen las pruebas y el juez resuelve de acuerdo al artículo 276 del Código Procesal Penal sobre la ilicitud de las mismas.

**Pronunciamiento de la Ilma. Corte de Apelaciones:** Con fecha 27 de abril de 2004 y en mérito del artículo 277 inciso 2 del Código Procesal Penal, la Corte de Apelaciones comparte los fundamentos de la resolución apelada y la confirma.

Luego de esta última resolución, la Fiscalía de Coquimbo consideró que no tenía otra solución más que presentarse al juicio oral, por lo que, llegado el día de la audiencia, indica contar sólo con el documento ya referido, siendo el acusado absuelto.

### **III.- HISTORIA DEL CONTROL DE IDENTIDAD.**

Con el ánimo de aclarar el espíritu del legislador al establecer esta facultad, se hace necesario retroceder en la historia, hasta encontrar las primeras señales legales que permitían a un Policía detener a una persona, basado en alguna sospecha.

De este modo, recordaremos la antigua figura -hoy derogada- conocida como “detención por sospecha”. Ella era una facultad que se le entregaba a la policía para detener a quienes anduvieren disfrazados, ocultaren su identidad, y a los que se encontraban a una hora no prudente o en lugares o circunstancias que hacían motivo fundado para atribuirles malos designios. Si las explicaciones dadas no desvanecían la sospecha, procedía su detención.

Dicha figura fue derogada por la Ley 19.567, básicamente por la percepción de la opinión pública de que esa facultad era utilizada con bastante abuso por parte de la autoridad, basada, generalmente, por prejuicios en contra de la persona sospechosa, por sus vestimentas o apariencia física.

Sin perjuicio de ello, el legislador comprendía que era necesario dotar a las policías de facultades necesarias para la prevención de los ilícitos penales o investigar los mismos cuando se habían producido, como el caso del sujeto que sin poder calificarse su conducta dentro de la flagrancia del artículo 130 del Código Procesal Penal, existían indicios de que hubieran participado en algún ilícito o se dispusieran a cometerlo.

Teniendo presente ello, y los desafíos que significaba la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, el legislador de la época, estableció en el Código Procesal Penal, una facultad preventiva Policial, sin necesidad de orden previa por un Fiscal, esto es, el control de identidad del artículo 85.

En principio, el control era para casos fundados, tales como la existencia de un indicio de haberse cometido un crimen o simple delito o proporcionar informaciones útiles sobre los mismos. No se incluían en él las faltas. El plazo para el control era de 4 horas y no se regulaba en forma expresa, -en esa norma- alguna sanción en caso de abuso por parte de la policía.

A poco andar la Reforma, surgieron muchos problemas prácticos que hacían inoperante este sistema en los términos bajo los cuales el legislador los redactó, *vr.gr.* no se podía efectuar un control respecto de un sujeto del cual se tuviera sospecha que hubiera participado en una falta o se dispusiera a cometerla; el plazo de 4 horas era muy exiguo en caso que el sujeto se negara a entregar su verdadera identidad, diera una falsa, o simplemente no se identificara, ya que el Registro Civil no alcanzaba a enviar la identificación dentro del plazo; sólo se podía efectuar un registro en caso de que el controlado lo aceptara voluntariamente.

A raíz de ello, con el fin de dotar a las policías de mejores herramientas contra la delincuencia, se publicó la Ley N° 19.789 de 30 de Enero de 2002. Dicha Ley contempló, entre las modificaciones más importantes: el aumento del plazo del control de identidad de 4 a seis horas; incluyó entre las hipótesis de casos fundados a las faltas; permitió a la policía registrar las vestimentas, equipaje o vehículos de la persona sujeta a control y se estableció como sanción, en caso de abuso o arbitrio por la policía que efectúa el control, lo dispuesto en el artículo 255 del Código Penal que trata de los “abusos contra particulares.”

Si bien, la modificación introducida por la Ley mejoró mucho las facultades de las policías, siguieron existiendo problemas, por cuanto dicho control era optativo para ellos por la expresión “podrán”, que usaba la Ley en su inciso 1°. En segundo término, muchas veces la identificación no era posible de llevarse a cabo dentro de las horas que indicaba la Ley, por lo que el sujeto era puesto en libertad, en virtud a lo señalado en la última parte del artículo 85 que rezaba “En caso alguno estos procedimientos podrán extenderse en su conjunto por un plazo superior a las seis horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad”.

Aún cuando, la misma Ley 19.789, introdujo modificaciones al artículo 134 del Código Procesal Penal, permitiendo a los policías detener a quien se encontrare en la situación de flagrancia de la falta del artículo 496 N° 5 del Código Penal (ocultar el verdadero nombre, se negare a manifestarle o diera domicilio falso), no es menos cierto que al verse enfrentados a la disyuntiva de ambas normas (inciso final artículo 85 del

Código Procesal Penal, o, 496 N° 5 del Código Penal) optaban, en general, por dejar al fiscalizado en libertad, por cuanto se entendía que el sujeto estaba momentáneamente privado de libertad en virtud al control de identidad.

Finalmente, se publicó la Ley 19.942, con el fin de fortalecer aún más las facultades policiales, para prevenir y combatir la delincuencia.

#### **IV.- ANTECEDENTES DE LA LEY 19.942.**

Tal como se indicó, esta fue la última Ley que introdujo modificaciones al artículo 85 del Código Procesal Penal.

El proyecto comienza por mensaje del Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar, de 10 de Octubre de 2003.

Como antecedentes que menciona el proyecto, se encuentran, entre otros los siguientes:

1.- *"Fortalecer las facultades de la policía en lo relativo a las normas sobre control de identidad establecidas en los cuerpos legales señalados."*<sup>167</sup>

2.- "Facilitar el control de identidad de las personas y la actuación de las policías frente a denuncias de la comisión de delitos, sin necesidad de orden previa de autoridad competente."<sup>168</sup>

3.- "Los problemas que han surgido con ocasión de la aplicación práctica de las normas..."

4.- "La implementación de la Reforma Procesal Penal ha importado elevar los estándares de la actuación policial, de un modo que en variadas ocasiones ha dificultado su labor, *por lo que resulta necesario flexibilizar las normas que regulan el control de identidad, con la finalidad de explicitar algunas atribuciones de la policía para los efectos de enfrentar adecuadamente el fenómeno criminal, despejando ciertas dudas de interpretación de las normas vigentes sobre la materia.*"

5.- *La diferente regulación que sobre la materia establecen el Código Procesal Penal y el Código de Procedimiento Penal. Mientras en el primero se facultaba a la Policía para registrar las vestimentas, equipaje y vehículo de la persona sujeta al control, pudiendo controlar la identidad en los casos de crímenes, simples delitos y faltas,<sup>169</sup> permitiendo también a la policía tomar huellas dactilares en caso de que la persona sujeta a identidad no logre identificarse, ampliando por último el plazo para efectuar el procedimiento de 4 a seis horas. En el Código de Procedimiento Penal no se introdujeron las modificaciones señaladas, de tal forma que en las regiones en que aún no opera la reforma, la policía tenía menos atribuciones para un control de esa naturaleza.*

#### **V.- ACTUAL ARTÍCULO 85 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.**

La Ley 19.942 de fecha 07 de Abril de 2004, modificó los Códigos de Procedimiento Penal y Procesal Penal, en materia de Control de Identidad. Dicha Ley consta de dos artículos

El artículo 1°, introdujo modificaciones en el Código Procesal Penal, específicamente en materia de control de identidad del artículo 85. El artículo 2°, introdujo modificaciones en el Código de Procedimiento Penal, específicamente en el artículo 260 bis, también en lo que se refiere a esa materia.

<sup>167</sup> Se refiere a las modificaciones que se propone efectuar en el Código Procesal Penal y Código de Procedimiento Penal, ambos en materia de control de identidad.

<sup>168</sup> Idem nota anterior

<sup>169</sup> Modificación establecida por la Ley 19.789 de 30 de Enero de 2002.

En lo pertinente al Código Procesal Penal, reemplazó en el inciso 1º del artículo 85 la expresión “podrán”, por “**deberán**”. De este modo, el legislador estableció una norma de carácter obligatoria para los funcionarios de Carabineros o Investigaciones en el sentido de que DEBERAN “solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen o simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito o falta.”<sup>170</sup>

Con el nuevo inciso cuarto, la ley estableció la obligación de dejar en libertad al sujeto objeto del control de identidad, transcurridas seis horas desde que comenzó el procedimiento, salvo que existan indicios de que oculta su verdadera identidad, se niegue a proporcionarla o de una falsa a los policías. En estos eventos, los funcionarios policiales deben proceder a la detención como autor de la falta del artículo 496 N° 5 del Código Penal. Dicha norma es concordante con lo establecido en el artículo 134, inciso 3º, que permite la detención en caso de flagrancia del artículo 496 N° 5, la cual incluye el dar domicilio falso.<sup>171</sup>

Con las modificaciones efectuadas, la ley estableció el imperativo a las fuerzas policiales de dar aviso de inmediato al Fiscal de la detención efectuada, para que este último la deje sin efecto, o antes de las veinticuatro horas, presente al detenido a presencia judicial para controlar su detención. En esa audiencia se debatirán si concurren los requisitos que autorizan la detención por flagrancia en caso de la falta, y no los requisitos del control de identidad, ya que éste terminó al momento de proceder a la detención por la flagrancia descubierta.

A su vez, la actual Ley señala que el abuso de esta facultad hará incurrir al funcionario que practicó el control, en el delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal, que trata de los abusos contra particulares, sancionando al “Empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño del servicio respectivo, será castigado con las penas de suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.”<sup>172</sup>

En síntesis, se puede deducir que al relacionar la Ley, directamente los artículos 496 N° 5 y 255 del Código Penal, con la facultad del artículo 85 del Código Procesal Penal, pone de manifiesto su intención de atribuir más facultades a la Policía con el fin de frenar la delincuencia, y en el evento de que dicha facultad se efectúe fuera de los márgenes legales, proceder a la sanción del funcionario.

## **VI.-PRINCIPALES ASPECTOS DEL CONTROL DE IDENTIDAD**

### 1º.- Términos “Caso fundado” y “Tales como”.

El artículo 85 del Código Procesal Penal, no define lo que se debe entender por caso fundado. Sólo se limita a señalar alguna de las situaciones que pueden constituirlo, como el hecho de haber cometido un crimen, simple delito o falta; intentado cometer uno; disponerse a cometerlo; o suministrar informaciones útiles respecto de los parámetros anteriores. Ello se deduce, por la expresión “tales como” que usa la Ley, sinónimo de “entre otras”, o “por ejemplo”.

<sup>170</sup> Inciso primero del artículo 85 del Código Procesal Penal, modificado por la Ley 19.942.

<sup>171</sup> Artículo 496 señala “Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales.”... N° 5º “ El que ocultare su verdadero nombre y apellido a la autoridad o a persona que tenga derecho para exigir que los manifieste, o se negare a manifestarlos o diere domicilio falso”.

<sup>172</sup> Inciso modificado por la Ley 19.450, de 18 de marzo de 1996.

En el mismo sentido, existen otros tipos penales en la que la Ley utilizan la misma frase “Tales como”, a modo de señalar que la enumeración que sigue a continuación no es taxativa o pueden existir otras hipótesis, como vr.gr. artículos 372 ter<sup>173</sup> y 470 N° 8<sup>174</sup> del Código Penal.

Al contrario, cuando la Ley ha querido dejar claro que la numeración que sigue es taxativa, o esas son las únicas formas que existen y no otras, redacta de tal forma que no quede duda de ello. De tal modo utiliza, vr.gr. las expresiones “tales delitos son”<sup>175</sup>, o “sólo tendrá.”<sup>176</sup>

Al recurrir a la historia de la Ley, tanto el mensaje como las discusiones parlamentarias, no son claros y no dejan establecido lo que debe entenderse por caso fundado, ya que sólo utilizan el término “tales como.”.

En lo referente al término “caso fundado”, el diccionario de la Real Academia Española define “Caso” como “*Suceso, acontecimiento, suceso notorio, escandaloso, etc.*” Respecto de la palabra Fundado, no lo contempla por cuanto es el participio de la palabra “**Fundar**”, la que es definida como “apoyar algo con motivo y razones eficaces o discurso”. A su vez, el concepto de “**Fundamento**” significa, “*razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar algo; raíz, principio y rigen en que estriba y tiene su mayor fuerza algo no material.*”

A mayor abundamiento, el mismo Diccionario otorga el siguiente significado al término “**Tal**”: “*se aplica a las cosas indefinidamente para determinar en ellas lo que por su correlativo se denota; Igual, semejante, o de la misma forma o figura.*” Es decir, el concepto “tal” o “tales”, es un adjetivo de la palabra demostrativo, pudiendo existir otras de la misma forma o figura.

En síntesis, podemos concluir que el término “caso fundado”, es el constitutivo de un acontecimiento o suceso, que en virtud a un motivo, razonamiento eficaz o justificado, permite deducir que **debe** efectuarse un control de identidad, pudiendo ser una de esas razones los indicios del inciso 1° del artículo 85, descritos como “tales como” u otros semejantes<sup>177</sup>. Lo anterior, con el fin de prevenir o reprimir la actividad delictiva, cuyo límite es no encontrarse en la esfera de la flagrancia, porque de ser así debe proceder la detención conforme lo disponen las hipótesis del artículo 130 del Código Procesal Penal.

Ahora bien, como aquello depende de la razón, lo que está constituida por la experiencia y conocimientos, resulta lógico pensar que dicho razonamiento justificado dependerá del policía encargado del procedimiento, por lo que es sumamente importante la experiencia que ellos tengan.

## 2° Desde y hasta cuando se extiende el control de identidad.

Como ya se indicó en la primera parte de oficio, el objetivo del control de identidad es dotar a las policías de mayores herramientas jurídicas para prevenir y reprimir la delincuencia, fuera de los casos de flagrancia, ya que de encontrarse en esta última situación, lo que procede es la detención, y no un control de identidad.

<sup>173</sup> Artículo que trata las medidas de protección que puede disponer el juez de la causa en cualquier momento, a favor del ofendido o su familia, por un delito sexual. Mediante el vocablo “tales como”, la Ley enumera varias.

<sup>174</sup> Artículo que trata de la apropiación indebida mediante fraude al Fisco, Municipalidades y otros por prestaciones improcedentes, enumerando varias de ellas a través de la forma “tales como”

<sup>175</sup> Artículo 54 del Código Procesal Penal, al referirse a cuales son los delitos de acción pública previa instancia particular.

<sup>176</sup> Ley de Lavado de Dinero N° 19.913 de 18 de Diciembre de 2003, al establecer las atribuciones y funciones de la Unidad de Análisis Financiero.

<sup>177</sup> Concepto concordante con lo expresado en el oficio de la Fiscalía Nacional N° 138 de Abril 14 de 2004.

En este sentido, el legislador ha ido modificando la norma en cuestión, con el fin de despejar las dudas de interpretación que con respecto a esta materia habían surgido.

Para comprender la extensión del procedimiento sobre el control de identidad, se debe tener presente los objetivos que tuvo a la vista el legislador al dictar la Ley, esto es “enfrentar adecuadamente el fenómeno criminal”<sup>178</sup> y flexibilizar la materia, no restringirla.

De esta forma, en el evento que un policía tenga un acontecimiento fundado, o razón justificada para pensar que una persona delinquirá, lo va hacer o pueda dar información útil, u otra situación semejante, lo importante es confirmar o desvanecer la sospecha fundada, pudiendo cambiar la calidad de controlado a detenido, en el evento de descubrirse alguna situación de flagrancia, orden de aprehensión pendiente, o se despache una para el efecto. Por el contrario, desvanecida que sea la sospecha, el sujeto debe ser puesto en libertad ambulatoria de inmediato.

Según la actual redacción del artículo en referencia el control de identidad es un “conjunto de procedimientos.” Dicha situación no es nueva, ya que bajo la anterior Ley 19.789, también se hablaba de “Los procedimientos...”

Asimismo, el Diccionario de la Real Academia de la lengua Española **procedimiento** es “*Método de ejecutar algunas cosas, Actuación por trámites judiciales o administrativos*” y **conjunto** es definido como “*mezclado, incorporado con otra cosa diversa.*”

Para otros, procedimiento es “el conjunto de trámites, ritos o formalidades, a través de los cuales se desarrolla el proceso”<sup>179</sup>

En consecuencia, el control de identidad es la unión de varios trámites o diligencias tendientes a verificar la identidad de alguien, confirmando o desvaneciendo la sospecha del “caso fundado.”

En este razonamiento, el control comienza desde que el funcionario policial considera que existe un “caso fundado” y solicita la identificación de la persona, con el fin de realizar todo el conjunto de diligencias que considera la Ley tendiente a confirmar o despejar la duda.

Es decir, **comienza en el momento en que se detiene a alguien para solicitar su identificación y durará hasta que se efectúe todo el procedimiento.** Si terminado dicho conjunto de actividades, no existe duda que el controlado es quien dice ser, y no existe situación de flagrancia que permita su detención, o alguna orden de aprehensión pendiente, se desvanece la duda por lo que debe ser dejado en libertad. Por el contrario si se confirma la sospecha, se procederá a su detención en el evento que exista una situación de flagrancia, orden de detención pendiente o se solicite una para el efecto particular, terminando el control en el mismo momento que el funcionario le informe la detención.

En ese entendido, **si alguien presenta su cédula de identidad u otro documento que acredite su nombre y apellido, no significa que el control hubiera terminado, por cuanto aún restan por realizar el resto de las diligencias como registrar vestimentas, equipaje y vehículo, si los hubiera, verificar domicilio (496 N° 5 del Código penal), órdenes de aprehensión pendiente, etc. Las únicas limitantes son el plazo de 6 horas, y la abusividad.**

<sup>178</sup> Uno de los fundamentos indicado en el mensaje por el que empieza la Ley 19.942

<sup>179</sup> Apuntes de clase del profesor Juan Agustín Figueroa, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

### 3°.- Control de identidad no ajustado a derecho.

Tal como se indicó, un control de identidad debe ser precedido de un razonamiento justificado por **parte del** funcionario que lo ejecuta, por lo que no puede quedar bajo la arbitrariedad, abuso o ilegalidad del mismo. De tal modo que, si se efectúa un control fuera de los casos indicados por el legislador, constituye un abuso que debe ser sancionado, en atención a que los funcionarios policiales son Ministros de fe y los encargados por Ley de hacer cumplir la misma, debiendo sujetarse al principio de legalidad.

El Código establece como **sanción a un control de identidad abusivo y por ende arbitrario o ilegal, lo dispuesto en el artículo 255 del Código Penal**, esto es "suspensión del empleo y multa".

### 4°.- Naturaleza Jurídica del Control de identidad y la detención por flagrancia.

En primer término corresponde señalar que la detención propiamente tal es una medida cautelar personal que corresponde aplicar en situación de flagrancia del artículo 130 del Código Procesal Penal o por orden de un Juez de la República, en el evento que la comparecencia del imputado pudiera verse demorada o afectada, o respecto del imputado que habiendo sido citado legalmente para que concurra a una audiencia y su presencia fuera condición de ésta, no concurra sin causa justificada.<sup>180</sup> En ambas situaciones, el imputado debe ser puesto en presencia del juez para controlar si la detención se ajusta a derecho.

Por el contrario, y tal como se indicó, el control de identidad, no es una medida cautelar, sino que es una facultad preventiva policial, otorgada con el fin de prevenir o reprimir el aumento de la delincuencia. Lo que permite dicha facultad, es una restricción temporal de libertad, mientras dura el procedimiento -única forma de poder efectuarlo- y sólo con el fin de confirmar o desvanecer la sospecha fundada en contra del fiscalizado. Por lo mismo, jamás una persona sujeta a control de identidad puede ser puesta a disposición del juez para verificar su detención porque él no está detenido.

Sin embargo, si en virtud de un control de identidad, se descubre vr.gr. que el fiscalizado porta droga o guarda el arma que utilizó en el robo, la policía se encuentra en la situación de flagrancia del artículo 130 letra a) en el primer caso y 130 letra d), en el segundo, por lo que procede su detención y comienza el plazo de 24 horas para conducir al detenido a presencia del juez, según lo indicado en el artículo 131 del Código Procesal Penal.

Asimismo, encontrándose objetos, documentos o instrumentos que fueron hallados en poder del imputado respecto de quien se practicó una detención por flagrancia, debe procederse a su incautación en forma inmediata.<sup>181</sup> De este modo la incautación se efectúa por la situación de flagrancia en que se encuentra el sujeto, según el crimen, simple delito o falta que hubiera cometido, no por el control de identidad, el cual terminó justo en el momento en que se le descubrió el arma o la droga y fue detenido legalmente.

**En este sentido, se instruye a los Fiscales oponerse a la solicitud de la defensa en orden a que se declare ilegal una detención por no cumplirse los requisitos del control de identidad, haciendo valer los argumentos que se indican y que sean procedentes según el caso:**

- a) en virtud a los argumentos expuestos precedentemente;
- b) por cuanto la Ley no exige como presupuesto de la detención los requisitos del artículo 85, sino que, estar frente a un delito, en situación de flagrancia, u orden judicial previa;

<sup>180</sup> Artículo 127 del Código Procesal Penal

<sup>181</sup> Artículo 187 inciso final, última parte del Código Procesal Penal.

- c) **atendido que el control de identidad no es una detención propiamente tal, sino que es una restricción temporal a la libertad de circulación;**
- d) **En todo caso, de estimarse que el control de identidad no se ajustó a derecho, se trata de una situación que tiene contemplados sus respectivos mecanismos de salvaguarda en el Ordenamiento. Por lo tanto, no debe confundirse con una cuestión distinta (y su eventual sanción) como lo es una detención por flagrancia correctamente practicada.**

#### 5°.-Recursos procedentes en contra de una declaración de ilegalidad de una detención

De la lectura del Código Procesal Penal, se desprende que ésta es una situación no prevista por el Legislador y, por lo mismo, en principio no recurrible. No obstante, las normas deben ser interpretadas de modo que ellas produzcan efectos por lo que **los fiscales tendrán presente lo que a continuación se indica, con el fin de intentar revertir la situación que afecte a los antecedentes probatorios obtenidos en una detención por flagrancia, en el evento de que ésta sea declarada ilegal.**

A.- **Respecto del recurso de reposición:** Atendido a que el control de detención se debe ventilar en una audiencia oral, presidida por el juez de garantía, en presencia de fiscal, del imputado y del defensor y, que lo más probable es que haya existido un debate sobre el tema, quedaría excluido este recurso, salvo que hubiera un pronunciamiento del Tribunal sin haber existido un debate por las partes.

B.- **Respecto del recurso de apelación:** En principio, el recurso de apelación no procedería, atendido que la resolución del Tribunal que declara ilegal una detención no corresponde estrictamente a ninguno de los casos que contempla el artículo 370 del Código Procesal Penal.

No obstante, teniendo presente que se trata de una resolución que ocasiona un grave perjuicio a los intereses del Ministerio Público, pues probablemente será utilizada en la audiencia de preparación al juicio oral a fin de excluir los antecedentes probatorios que deriven de la misma, el fiscal puede intentar el recurso de apelación sobre la base de lo dispuesto en la letra a) del artículo 370 del Código Procesal Penal, esto es, en contra de la resolución que hiciera imposible la prosecución del procedimiento, señalando que ante la declaración de ilegalidad de la detención se culminará con la imposibilidad de seguir adelante el procedimiento dado que todos los antecedentes probatorios que en adelante se recopilen emanarán – de una forma u otra- de esta diligencia que será declarada nula en la audiencia correspondiente, conforme a lo sostenido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en reciente pronunciamiento de 26 de noviembre de 2004. <sup>183</sup>

Asimismo, resulta conveniente contar tempranamente con el pronunciamiento jurisdiccional del Tribunal de Garantía o su superior jerárquico en cuanto a la existencia de antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investiga, y de aquellos que permiten presumir fundadamente la participación del imputado. <sup>184</sup> mediante la solicitud de cualquier medida cautelar, ya sea la prisión preventiva o las generales del artículo 155 del Código Procesal Penal, ya sea en la audiencia de control de la detención o en cualquier momento, mientras la investigación esté vigente.

<sup>183</sup> Resolución de la Ittma. Corte de Apelaciones de Valparaíso que, en causa rol de ingreso N° 848-2004 acogió el planteamiento del Ministerio Público tanto en la forma como en el fondo. Respecto del primero de los aspectos acogió el planteamiento del Ministerio Público en orden a declarar admisible el recurso teniendo para ello en cuenta lo dispuesto en el artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal, en orden a que al haberse declarado la ilegalidad de la detención, necesariamente se hace imposible la prosecución del procedimiento, en relación con lo que señala el artículo 276 del Código Procesal Penal, dado que la prueba nacida de esta detención será declarada prueba ilícita en la audiencia de preparación del juicio oral que se llevará a efecto, si procediera.

<sup>184</sup> Artículo 140, letras a) y b) del Código Procesal Penal.

Esto permitirá al fiscal de la causa, accesoriamente, conocer antes de dicha audiencia cual es la visión del tribunal acerca de la licitud o ilicitud de la prueba obtenida.

Es decir, otra forma de llegar por la vía del recurso de apelación a la Corte de Apelaciones respectiva, y consecuentemente, revisar la resolución que declara ilegal la detención, consiste en que, en el evento que el Juez de Garantía declare no ajustada a derecho la detención, es que el fiscal formalice y pida prisión preventiva puesto que, denegada que ésta sea, procede la apelación prevista en el artículo 149 del Código Procesal Penal.

C.- **En cuanto al recurso de nulidad:** Éste solamente procede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva o solamente esta última.<sup>185</sup> De este modo, el recurso no procede en contra de una resolución de un juez de garantía, como el caso analizado.

D.- **Recurso de queja:** “El recurso de queja es aquel medio de que disponen las partes afectadas por la falta o abuso grave en que haya incurrido un Tribunal en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su continuación, siempre que ellas no sean susceptibles de recurso ordinario o extraordinario alguno.”<sup>186</sup> “En la actualidad, después de las reformas de la Ley 19.374, a través del recurso de queja también se persigue se sancione al funcionario que incurrió en falta o abuso grave, cuando haya incurrido en ella en la dictación de una sentencia de carácter jurisdiccional.”<sup>187</sup>

6°.- Otra posibilidad jurídica ante la declaración de ilegalidad de la detención:  
Inhabilitación del Juez que la pronuncia.

Las normas relativas a las implicancias y recusaciones de los jueces se contienen en el artículo 194 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, artículos 75 y 76 del Código Procesal Penal, y artículos 113 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 196 N° 10 del Código Orgánico de Tribunales regula como causal de recusación, “el haber el juez manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella.”

En este caso, el dictamen se manifiesta “de cualquier modo”, lo que amplía la hipótesis a pronunciamientos, incluso, fuera de despacho, pero bajo la regulación de las causales de recusación.

A mayor abundamiento es sólo en la audiencia de preparación de juicio oral, en la que el Fiscal de la causa podrá explicar a cabalidad las virtudes y los orígenes de la prueba obtenida (de serle requerido), y sólo en dicha instancia el Juez podrá pronunciarse ciertamente acerca de la licitud o ilicitud de la prueba, conforme el artículo 276 del Código Procesal Penal.

La expresión conflictiva para estos efectos “cuestión pendiente” puede interpretarse de manera más amplia aludiendo a que la cuestión pendiente en este caso no dice relación con la acreditación del hecho punible y la participación sino con las circunstancias concretas en que se practicó la detención dado que, el pronunciamiento que se pretende evitar por la vía de la inhabilitación está estrechamente relacionado con ese tema, concretamente, con las eventuales derivaciones de la declaración de ilegalidad en la audiencia de preparación del juicio oral y su respectiva resolución.

<sup>185</sup> Artículo 372 del Código Procesal Penal, al indicar contra que procede el recurso de nulidad.

<sup>186</sup> Apuntes de Derecho Procesal, profesor Pfeiffer, Recursos procesales, Tomo IV, página 123.

<sup>187</sup> Op.cit. nota anterior, página 124.

**No obstante, ello dependerá del contenido mismo de la resolución emanada del juez de garantía la que deberá exceder, en alguna medida,** la declaración de ilegalidad dado que, caso contrario, significaría que cada vez que un juez de garantía, en cumplimiento de sus funciones propias, declara ilegal una detención se estaría inhabilitando para las actuaciones posteriores y, si el espíritu del legislador hubiera sido generalizar de tal forma la inhabilitación lo hubiera señalado expresamente.

En conclusión, dictada una resolución que se pronuncie anticipadamente acerca de la ilicitud de una diligencia probatoria, ello podría considerarse como un antecedente para solicitar la inhabilitación del juez en cuestión.<sup>188</sup>

Atendido lo anterior se **instruye a los Fiscales para que ante una situación como la expresada, en su caso, soliciten la inhabilitación del Juez de garantía.**

7.- Actuación del fiscal ante el evento de no contar con pruebas suficientes para enfrentar el juicio oral: Solicitud de sobreseimiento.

En aquellas causas cuyas pruebas han sido íntegra o prácticamente excluidas en su totalidad en la audiencia de preparación de juicio oral y no quede pendiente ningún tipo de recurso por presentar, el fiscal deberá analizar la posibilidad de comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento.

Esta actuación autónoma del fiscal es una de las alternativas al cierre de la investigación fiscal. Por ello, habiéndose declarada cerrada la misma y habiéndose optado por deducir acusación, antecedente previo y necesario de la audiencia de preparación de juicio oral, es difícil entender que se pueda retrotraer el procedimiento a una etapa anterior ya afinada.<sup>189</sup>

No obstante, en esta particular y compleja situación podríamos pensar en las siguientes vías posibles que podría seguir el fiscal:

1. Solicitar sobreseimiento definitivo
2. Solicitar absolución del acusado ante la ausencia total de antecedentes probatorios que permitan acreditar hecho punible y participación.
3. Comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento (no obstante se haya deducido previamente la acusación).
4. Sostener la acusación en el juicio oral, sin contar con antecedente alguno que la respalde.

Si bien es cierto la solicitud de sobreseimiento y su posterior declaración por el órgano jurisdiccional no es una materia que esté limitada a las vías posibles de actuación del fiscal tras el cierre de la investigación, el problema en esta posibilidad de actuación (solicitud de sobreseimiento por parte de la fiscalía) dice relación con una cuestión de mérito.

En efecto, el sobreseimiento definitivo es una resolución en virtud de la cual se pone término al procedimiento penal en los casos y con los requisitos que establece la ley. Los requisitos básicos son: que se encuentre agotada la investigación (salvo los casos en que la ley establece expresamente su procedencia) y que concurra una causal legal. La convicción del juez en cuanto a los antecedentes que hacen procedente

---

<sup>188</sup> La interposición de un incidente de nulidad procesal en tiempo y forma ataca sólo las actuaciones o diligencias judiciales. Su resolución no podría afectar actuaciones policiales o del Ministerio Público y, difícilmente, podrían dejar sin efecto actuaciones autorizadas previamente por el mismo tribunal.

<sup>189</sup> La alternativa de sobreseimiento que consulta la Ley de Cheques en su artículo 22 inciso 8°, constituye una norma excepcional de política criminal que persigue estimular el pago de los montos adeudados por el imputado.

la causal de sobreseimiento debe cumplir con altos estándares dado que la resolución que así lo decreta equivale a una sentencia absolutoria y tiene efecto de cosa juzgada de acuerdo al artículo 251 del CPP.

Cuando el Ministerio Público, dentro de los caminos que le señala el artículo 248, ha optado por interponer acusación, implica que tiene convicción (acusadora) en cuanto a la existencia del hecho punible y a la participación del imputado en el mismo y, además, que en esos momentos posee antecedentes que estima suficientes como para acreditar su postura ante el tribunal de juicio oral correspondiente. De no ser así –no tener la convicción o no contar con los antecedentes– debería optar por la letra c) del artículo 248, vale decir, comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento.

Si el Ministerio Público ya ha manifestado su convicción en los términos planteados, no parece conveniente que, ante la dificultad (o imposibilidad) probatoria, estime que, por ejemplo, el hecho no es constitutivo de delito, que no le cabido responsabilidad al imputado, que la responsabilidad se encuentra extinguida, etc. (cualquiera de las causales de sobreseimiento definitivo que contempla el artículo 250 del código del ramo) pues ya manifestó su convicción sobre el punto.

Todo lo señalado respecto del sobreseimiento definitivo es igualmente aplicable a la posibilidad de que el fiscal solicite la absolución del acusado.

En cuanto a la posibilidad de que el fiscal sostenga su acusación en el juicio sin antecedente probatorio alguno que la sustente, nos encontramos ante una situación de facto similar a la de solicitar la absolución y, por lo demás, bastante poco sería en lo que respecta a los recursos del sistema: no tiene sentido seguir adelante con un “juicio” que en realidad no es tal y respecto del cual se conoce perfectamente su resultado.

Cuando al fiscal se le excluye toda la prueba en la audiencia de preparación de juicio oral el fiscal no ha perdido la convicción en torno a la ocurrencia del hecho punible y la participación del acusado sino que, por motivos técnicos procesales, ha perdido el apoyo que le permitiría demostrar tal convicción.

Si tiene la convicción pero no tiene al apoyo fáctico constituido por el material probatorio que acredite sus pretensiones al interior del proceso, nos encontramos más cercanamente ante una situación en que el fiscal debiera no perseverar en el procedimiento, sin embargo, es claro que el conflicto para esta hipótesis está representada por la oportunidad para hacerla valer.

No obstante, se estima que es posible defender la posibilidad de intentar una comunicación de no perseverar y que constituye la solución que debe ser intentada por los fiscales en el evento que se encuentren en la situación descrita, por las razones siguientes:

1. Este mecanismo contemplado en la letra c) del artículo 248 del Código Procesal Penal consiste en la posibilidad que tiene en forma exclusiva el órgano encargado de la persecución penal, en congruencia con un sistema de separación de las funciones investigativas y jurisdiccionales, de decidir no continuar con un procedimiento que lleva adelante en contra de uno o más imputados, por no haberse reunido, durante la investigación, antecedentes suficientes para fundar una acusación. Si bien en este caso se reunieron los antecedentes necesarios para fundar la acusación, al haber sido éstos excluidos por el juez de garantía, nos encontramos ante la situación de que el órgano acusador no cuenta con antecedentes que le permitan sustentar su pretensión punitiva, lo que no significa que no tenga convicción en la misma. En efecto, la exclusión de prueba por parte del juez de garantía equivale a una declaración de nulidad de los antecedentes reunidos, se privan de eficacia, no pueden hacerse valer, por lo tanto, corresponde a la misma situación que aquella que nos encontraríamos si éstos antecedentes no existen en forma previa al cierre de la investigación: no existen antecedentes que sirvan para apoyar la acusación.

2. Si bien la oportunidad contemplada para el ejercicio de esta facultad es la de los diez posteriores al cierre de la investigación por parte del Ministerio Público, ello constituirá, sin duda, la regla general pero no implica que en muy excepcionales casos (como el que se analiza) no pueda ejercerse esta facultad si existen los mismos fundamentos que la hacen procedente: **no existen antecedentes que permitan fundar una acusación independiente de la convicción fiscal en cuanto a hechos y participación.**

No existe otra vía posible de actuación; en efecto, es posible sostener que un juicio en que falta la actividad probatoria no sería propiamente un juicio y, por tanto, sería anulable. No obstante, como nunca tendríamos prueba (ya que ella se excluyó en la audiencia de preparación de juicio oral) el juicio debería ser eternamente anulable.<sup>190</sup>

La solicitud de sobreseimiento no parece ser el camino más conveniente, siendo honestos con el sistema, quedando finalmente sólo esta vía: el fiscal tenía antecedentes probatorios que le permitirían defender su posición en el juicio oral, no obstante, por razones ajenas a su voluntad, ya no cuenta con tales antecedentes, por lo tanto, lo mayormente que procedería es la decisión de no perseverar en el procedimiento.

\*\*\*\*\*

Agradeceré a Uds. distribuir este oficio a todos los Fiscales adjuntos y abogados, con el fin de proceder a la correcta interpretación y aplicación de la norma aludida.

Saluda atentamente a UD.

**GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD  
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO**

GPR/SOH/GCG/FDA.

---

<sup>190</sup> En teoría por supuesto, sin desconocer lo dispuesto en el artículo 387 inciso 2° CPP.