BOLETIN DEL MINISTERIO PUBLICO

N° 16

Octubre de 2003

El Boletín del Ministerio Público es una publicación de la División de Estudios, 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 para el 2003 se espera introducir algunas variaciones a su estructura y contenido y variar su periodicidad editándolo trimestralmente. 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); y, 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.

La División de Estudios 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 de Jurisprudencia del Ministerio) al e-mail ifuenzalida@minpublico.cl o al teléfono 870 52 46.

ÍNDICE

Pág.

PROLOGO **5**

I. FALLOS

Juzgados de Garantía

Condena al acusado a la pena de doscientos cincuenta días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y al pago de las costas de la causa como autor del delito de robo en lugar no habitado en grado de frustrado. ***Juzgado de Garantía de Villarrica***, veintiocho de marzo de dos mil tres **7**

Condena al acusado a la pena de doscientos días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y al pago de las costas de la causa como autor del delito de defraudación previsto en el artículo 81 de la ley 19.581 en grado de frustrado. ***Juzgado de Garantía de Combarbalá***, trece de mayo de dos mil tres. **12**

Absuelve al acusado de uno de los cargos de estafa, y lo condena a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa de 5 UTM, accesorias legales y al pago de las costas de la causa como autor del delito de estafa del artículo 468 en relación con el artículo 467 número 3 del Código Penal. ***Juzgado de Garantía de Combarbalá***, trece de mayo de dos mil tres. **15**

Condena al acusado a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias legales como autor del delito de amenazas, y a una pena de multa de 1 UTM como autor de la falta de daños. Además se le condena al pago de las costas de la causa. ***Juzgado de Garantía de Combarbalá***, veintisiete de Junio de dos mil tres. **18**

Tribunal Oral en lo Penal

Condena al acusado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo con violencia calificado. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena***, veinte de diciembre de dos mil dos. **22**

Condena al acusado a la pena de cinco días de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, y al pago de las costas de la causa como autor del delito de quebrantamiento de condena. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama***, treinta de abril del año dos mil tres. **30**

Condena al acusado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo con fuerza en las cosas de especies situadas en bienes nacionales de uso público. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta,*** veinte de mayo del año dos mil tres. **37**

Condena al primero de los imputados a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, y al segundo de los acusados a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales como cómplice del mismo delito. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama,*** cuatro de julio del año dos mil tres. **45**

Condena al acusado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo con violencia. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama***, uno de agosto del año dos mil tres. **56**

Condena a la acusada a la pena de dos años de presidio menor en su grado medio y pago de una multa de 21 UTM como autora del delito de uso malicioso de instrumento público falso en concurso ideal con el delito de estafa, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y pago de una multa de 5 UTM como autora del delito de estafa tentada, accesorias legales de cada delito y costas de la causa. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta***, tres de agosto del año dos mil tres**.** **65**

Condena a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, pago de una multa de 10 UTM, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. ***Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta***, cinco de agosto de dos mil tres. **80**

Corte de Apelaciones

Rechaza Recurso de protección interpuesto por la Defensa contra el Ministerio Público por una supuesta vulneración de derechos constitucionales. ***Corte de Apelaciones de Coyhaique***, veintisiete de marzo de dos mil tres. **87**

Acoge apelación interpuesta por la Fiscalía revocando sentencia de Juez de Garantía que había absuelto al acusado, y lo condena a la pena de treinta días de prisión en su grado medio y multa de 4 UTM por el delito de hurto tentado, a trescientos días de presidio menor en su grado mínimo como autor del delito de amenazas no condicionales y a las accesorias legales correspondientes a cada uno de los delitos. ***Corte de Apelaciones de Talca***, veintisiete de mayo de dos mil tres. **95**

Corte Suprema

Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa por una supuesta vulneración de los Derechos del Niño, declarando que la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica no es nula. ***Corte Suprema***, diez de Septiembre de dos mil tres. **101**

Rechaza recursos de nulidad interpuestos por las Defensas contra la sentencia definitiva condenatoria dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas. ***Corte Suprema***, quince de septiembre de dos mil tres. **110**

II. SENTENCIAS COMENTADAS

La Videoconferencia como Mecanismo de Comparecencia y la Garantía del Debido Proceso. **137**
Raúl Tavolari Oliveros

III. ARTÍCULOS

La Situación de la Víctima en el Nuevo Proceso Penal Chileno **154**
Guillermo Piedrabuena Richard

La Denominada "Marihuana Paraguaya". **171**
Guillermo Ruiz Pulido

Criterios de actuación de los fiscales en relación a la actividad de los defensores en la etapa de investigación **182**
Marta Herrera Seguel

PROLOGO

Esta publicación del Ministerio Público llega a su número dieciséis, lo que da cuenta del tiempo transcurrido desde su primera edición en mayo de 2001. Con satisfacción miramos en retrospectiva y vemos el desarrollo de esta publicación y agradecemos la acogida que ha tenido en la comunidad jurídica. No obstante los anuncios de algunos cambios en sus contenidos y formatos, hasta ahora el Boletín continúa con su estilo de siempre. La multiplicidad de tareas de quienes participamos en las actividades necesarias para cada edición han ido postergando la implementación de esos cambios, pero han permitido, al mismo tiempo, la necesaria maduración de las ideas que redunden en un producto más sólido, consistente y, por lo mismo, más útil y provechoso.

En materia de contenidos, cuando prologamos el Boletín N° 5 hablamos de la jurisprudencia y de la importancia de la misma como información que nutre la preparación y desarrollo de las estrategias jurídicas. Desde entonces, el Boletín ha ido incorporando también artículos de interés y, particularmente, informes en Derecho de Juristas de reconocido prestigio en el país. La publicación de estos análisis, debates y opiniones van dando forma a otra de las fuentes de conocimiento e información que también aportan al desarrollo de esas estrategias, como es la doctrina de los estudiosos del Derecho.

Más allá de la aparente estaticidad de la norma jurídica, el Derecho es dinámico en cuanto rige para las sociedades humanas que, con sus procesos de constante evolución, le exigen respuestas efectivas, ágiles y, especialmente, acordes con el momento y la realidad social. La seguridad y certeza que nos da la norma escrita tiene el complemento necesario, para responder a estas demandas, en la doctrina y la jurisprudencia. Nuestra apuesta sigue siendo el aportar a la difusión de ese Derecho dinámico que expresa de un modo particularmente notable esta característica a través del proceso de cambio propiciado por la Reforma Procesal Penal.

Fiscalía Nacional del Ministerio Público

I. FALLOS

JUZGADOS DE GARANTÍA

- **Condena al acusado a la pena de doscientos cincuenta días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y al pago de las costas de la causa como autor del delito de robo en lugar no habitado en grado de frustrado.**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Villarrica.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado. El imputado aceptó los hechos y los antecedentes de la investigación, por lo que se procedió a la aplicación del procedimiento abreviado. La Defensa solicitó se considerara el grado de ejecución del delito como frustrado, posición que el Tribunal aceptó. Al efecto, el sentenciador consideró que el acusado no alcanzó a quebrar el ámbito de custodia de la víctima. En este sentido expuso que la consumación exige la disposición al menos potencial. Para establecer dicha posibilidad de disposición no era procedente recurrir al hecho de haber tenido otras especies de la víctima en su hogar, por cuanto la sustracción de éstas no fue parte de la acusación.

Texto completo:

Villarrica, veintiocho de marzo de dos mil tres.

VISTOS:

PRIMERO: Que, ante este Juzgado de Garantía de Villarrica, el señor Fiscal FRANCISCO LUJBETIC ROMERO, ha presentado acusación en contra de **LUCIANO SPENCER RIQUELME CEA,** Cédula de Identidad Nro. 15.461.065-0, chileno, soltero, obrero, actualmente recluido en el C.D.P de Villarrica, representado por la defensora penal pública, abogada Lucy Catalán Mardones como autor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, previsto y sancionado en el artículo 442 números 1 y 2 del Código Penal en grado de consumado, con fundamentos en los hechos que se remontan al día 10 de diciembre pasado, jornada en que, el acusado fue sorprendido en el antejardín del inmueble de calle Matta 825 donde funcionan las dependencias del Hogar de Cristo de la comuna, portando bolsas de nylon que en su interior contenían variadas especies propiedad de tal recinto. Agrega la acusación que el acusado accedió al local pasando bajo un cerco de malla, para luego fracturar el vidrio de una ventana de un dormitorio, utilizando un machete, lo anterior permitió abrir la puerta y acceder al pabellón de oficinas.-

Refiere que se lograron recuperar las siguientes especies: una batidora marca Phillips, 5 potes de margarina dorina; 3 paquetes de fideos, 3 tarros de jurel Dorado; 4 botellas de aceite Portal de 500cc; 2 paquetes de Te Club; 1 caja de sémola luchetti, 4 kilos de azúcar iansa, 1 kilo de sal , 19 lápices de diferentes colores, 1 plumón, una toalla color verde, un short morado y tres zanahorias, a lo que une que diligencias posteriores ubicaron en el domicilio del acusado otras especie también propiedad del Hogar de Cristo, una aspiradora Black and Decker, modelo Belagua de 1200 wats, un cilindro de gas abastible de 15 kilos; una frazada térmica de lana gris y un gamulán de cuero beige que vestía el acusado al ser detenido.-

En cuanto a la pena solicitada, quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado mínimo, mas las accesorias legales y el pago de las costas, se tiene en consideración que concurre como circunstancia modificatoria de responsabilidad penal, la irreprochable conducta anterior del acusado.-

SEGUNDO: Que, conforme lo previene y autoriza el artículo 407 del Código Procesal Penal el fiscal, solicito en la audiencia de preparación del juicio oral la tramitación conforme al procedimiento abreviado, manteniendo para ello tanto la calificación del delito, el marco de pena solicitada y el grado de participación del acusado.-

TERCERO: Que, el acusado, asesorado por su defensa, prestó su conformidad a la solicitud de la

fiscalía de tramitación conforme al procedimiento abreviado, en forma libre y voluntaria, renunciando a su derecho a exigir un juicio oral, entendiendo los término del acuerdo y sus consecuencias, negando haber sido objeto de coacciones y presiones indebidas sea originadas en el fiscal o en terceros. Conforme lo anterior se acepta la solicitud del fiscal y acusado al estimarse suficientes los antecedentes de investigación y ajustarse la penalidad solicitada al marco exigido por este procedimiento, habiéndose verificado que el acuerdo fue prestado por el acusado con conocimiento de sus derechos, libre y conscientemente aceptando los hechos de la investigación.-

CUARTO: Que referente a los hechos que se han tenido por probados en base a la aceptación que de ellos y de los antecedentes de la investigación ha hecho el acusado, son los siguientes:

a) Que, conforme da cuenta parte policial Nº 1896, de la séptima Comisaría de carabineros de Villarrica, el acusado es detenido en el antejardín del Hogar de cristo a las 04**:**45 horas del 10 de diciembre de 2002, gracias a que se recibe un llamado telefónico en la unidad policial indicando que se escuchaban ruidos en tal lugar y que al parecer se encontraban robando, así se constituyen funcionarios de carabineros sorprendiendo a RIQUELME en forma flagrante portando 2 bolsas de nylon color negro contendiendo en su interior las siguientes especies: una batidora marca Philips, 5 potes de margarina dorina; 3 paquetes de fideos, 3 tarros de jurel Dorado; 4 botellas de aceite Portal de 500cc; 2 paquetes de Te Club; 1 caja de sémola luchetti, 4 kilos de azúcar iansa, 1 kilo de sal , 19 lápices de diferentes colores, 1 plumón, una toalla color verde, un short morado y tres zanahorias.- La totalidad de las citadas especies , conforme se acredita, además, en el acta de revisión y registro fueron halladas en poder del acusado, entregándose, a la encargada del Hogar del Cristo doña Adriana Soto Acuña;

b) Que, la pertinente acta de inspección ocular del sitio de suceso indica que se trata de un inmueble cerrado presentando como signo de forzamiento una ventana quebrada con elemento contundente, lo que ratifica el acta de fuerza en las cosas, ambas del 10 de diciembre de 2002, que registra que el inmueble presenta un ventana , en el costado derecho con su vidrio quebrado y con restos de vidrio en el suelo, ubicándose a los pies de tal ventana un machete con empuñadura;

c) Que, en el marco de las pesquisas de la investigación se cuenta con el registro de actuación policial Nº 1574, diligenciada por la SID de Carabineros que indica que al hacer ingreso en calidad de detenido a los calabozos policiales, el acusado lo hacia vestido con un gamulán de cuero color beige, forrado con chiporro blanco y una frazada térmica, gris oscuro. Interrogado por el origen de tales implementos manifestó que provenían del Hogar de Cristo siéndole inmediatamente retiradas. Continúa la actividad policial concurriendo al domicilio del acusado lugar en que entrevistado su hermano, Richard Riquelme, autorizo voluntariamente el ingreso de funcionaros policiales quienes encontraron en su interior una aspiradora marca Blanck and Decker, modelo belagua de 1200 watts y sus accesorios, junto con un balón de gas, especies ambas reconocidas por la encargada del hogar de Cristo como propiedad de tal establecimiento. Se acompaña, para mejor ilustración tanto el comprobante de autorización voluntaria de ingreso a domicilio por parte de Richard Riquelme Cea, el acta de entrega de especies y de reconocimiento y de entrega a la encargada de la sede local del Hogar de Cristo que incluye, la aspiradora blanck and decker, el balón de gas de 15 kilos abastible ,un gamulán de cuero color beige y una frazada térmica de color gris oscuro;

d) Que, el día 27 de diciembre de 2002 comparece en fiscalía Adriana Soto Acuña, encargada del Hogar de Cristo en la comuna quien declara que pese a no recordar la fecha exacta, hace un mes entraron a robar al Hogar de Cristo, concurre a carabineros y reconoce la totalidad de las especies singularizadas en la letra a de este considerando así como las arriba reseñadas;

e) Que, el peritaje fotográfico acompañado por Carabineros indica claramente el lugar de ingreso del acusado al inmueble afectado y la totalidad de sus dependencias destacando el registro de la totalidad de ellas en especial las que servían como escritorio;

QUINTO: Que, los hechos antes descritos son constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, previsto y sancionado en el artículo 442 número 1 del Código penal existiendo escalamiento al haber ingresado mediando la rotura de un vidrio al inmueble que

servia para fines administrativos en el hogar de cristo.-

SEXTO: Que, los hechos que se dan por cierto en base a las pruebas a que se ha hecho referencia, unido a la aceptación del acusado permiten establecer su participación culpable como autor en el delito sancionado con una pena de presidio menor en su grado medio a máximo.-

SEPTIMO: Que, la defensa contestando la acusación solicita considerar la ejecución del delito en grado de frustrado ya que en conformidad a lo postulado en el artículo 7 del Código penal, el acusado dio comienzo a la ejecución del delito pero falto en su complemento la disposición cabal de las especies al ser sorprendido en el antejardín del inmueble afectado, solicita además la concesión de beneficios alternativos de la ley 18.216, y la aplicación de la atenuante de conducta anterior irreprochable.-

OCTAVO: Que, resulta ser efectivo en el marco de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal la concurrencia de una atenuante, la irrepróchale conducta anterior, a favor del acusado. En torno a la pretensión de la defensa de lograr la calificación que el grado de ejecución del delito era de, frustrado debe establecerse que conforme lo señala el artículo 7 del Código Penal existirá delito frustrado:…"*cuando el autor ha ejecutado toda la acción típica, sin conseguir, a pesar de ello, la producción del resultado…" (Enrique Cury, Derecho Penal Parte general, Tomo II, Pág. 184*.).-

Es decir se ha llevado a cabo la totalidad del plan ideado por el sujeto activo faltando sólo la concreción cabal del resultado. Además y en relación al tema de la acción típica descrita por la ley, en el específico delito de robo es dable sostener que es la apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, a lo que se une la concurrencia de fuerza o intimidación en tal sustracción. Ahora, tal termino el de apropiación o de sustracción conlleva en sí la figura de un apoderamiento o sea "… *una actividad dirigida a desplazar el bien desde el ámbito de la protección material del dueño al del agente…" (Garrido Montt , Ob. cit. Pág. 149*.), lo anterior aplicable al caso concreto, se traduce en dos actos el primero el quebrantar la esfera de custodia del dueño de las especies, el hogar de cristo, y el traslado al ámbito en que el sujeto activo pude en forma potencial disponer de las mercaderías configurado por el traslado de a lo menos 2 bolsas llenas de abarrotes La precisión del ámbito de custodia debe entenderse en aquel en que potencialmente pueda disponer de la mercadería ya que existirá la consumación del delito cuando tal disposición sea efectiva.

En el caso que nos ocupa el actuar de RIQUELME fue, desde su representación subjetiva cabal y completo, sustrajo las mercaderías, sin la voluntad del Hogar de Cristo, concurrió la fuerza y fallo en la concreción del resultado típico querido por causas ajenas a su quehacer: fue sorprendido por los policías, hizo todo lo que se represento para su ejecución en busca del resultado pero esto no se obtuvo al ser detenido.- Lo dicho llevara a desestimar la pretensión de la fiscalía local en orden a establecer que el grado de ejecución del delito, era de consumado, a lo que se une la adecuada utilización del principio de congruencia entre la formalización y la acusación apareciendo, en el caso que nos ocupa , que con fecha 10 de diciembre de 2002 se le comunican cargos al acusado como autor de robo en lugar no habitado al ser sorprendido, en el antejardín del Hogar de Cristo portando en dos bolsas plásticas diversos abarrotes que sustrajo desde el interior de tal lugar, luego en la acusación fiscal del 17 de febrero de 2003 se da comienzo a la misma con lo ya referido y que diligencias adicionales permitieron hallar en el hogar del acusado otras especies propiedad del Hogar de Cristo tales como un balón de gas, una aspiradora y una frazada térmica por lo que es la tenencia de estas últimas unido al hecho en que fue detenido flagrante lo que sustenta que el acusado sea autor de un robo en lugar no habitado en grado de consumado al haber dispuesto en forma cabal de especies pertenecientes a un tercero, eludiendo su ámbito de custodia al hallarse las mismas ocultas en el domicilio de Riquelme.

Pues bien tal pretensión será desechada ya que la investigación incoada por los hechos iniciadas en la detención flagrante del acusado no hay nexo alguno que ,sin que concurra a lo menos una dudad razonable que haya participado en una fecha anterior, que no se precisa, en un ilícito de robo en lugar no habitado como autor del mismo, lo claro y objetivo es que las especies halladas en su hogar son propiedad de la institución de beneficencia afectada pero no se ha allegado elemento alguno que acredite su participación punible, la tenencia puede darse a título de un participación residual como encubridor o la figura

especifica de receptación, pero en la formalización que es la que funda la acusación no se hizo mención alguna a especies como aspiradoras, balón de gas y frazada térmica. Aquí el mandato del legislador es claro tanto para quien investiga, al disponer que la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidas en la formalización de investigación (Art. 259 Código Procesal Penal), como para quien resuelve al rezar que la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación (Art. 341) y si esta se liga con la formalización refulge la congruencia exigida entre lo que se le noticia al imputado que se le investiga respecto a lo que en definitiva se le acusa y en lo particular se le condena.- En tal trazo no aparece elemento alguno que adhiera a calificar como responsable al acusado, autor, de una sustracción anterior que afectó a la victima en fecha incierta, podría sostenerse la concurrencia de presunciones legales al no dar razón satisfactoria del origen y tenencia de especies, pero no es labor jurisprudencial introducir elementos novedosos en una investigación fiscal ni menos en el seno de un procedimiento abreviado donde el acusado renuncia a un derecho básico, un juicio oral controvertido, bajo la premisa esencial de conocer la totalidad de los antecedentes de la investigación en su contra y aceptarlos en forma clara manifestando su conformidad ya que la misma se otorga bajo el tácito, o por que no decirlo expreso, acuerdo de desterrar sorpresas investigativas o el conocer en forma prístina la secuencia: formalización, acusación, hechos de la investigación aceptados: sentencia.

Así en un ejercicio de empatía extrema con el sentir de RIQUELME este elaboraría un siguiente y simulado discurso: se me investiga por los hechos del 10 de diciembre de 2002, se me acusa por esos hechos, los acepto, pero no la intromisión de un hallazgo de especies, que aunque son de propiedad de la victima y estaban en mi domicilio allanado legalmente no se me comunico que la investigación se refirió a tal hecho por lo que mal puede acusárseme de el y por ende yo no lo acepte, por tanto, Sr. Juez, no me condene por ese postrero hecho sino por aquel en que fui detenido flagrante, portando especies del Hogar de Cristo, que es el pilar de la investigación que yo he aceptado, y en tal sustracción no pude disponer de lo bienes al ser sorprendido y detenido, se frustró mi designio doloso y si bien con el hallazgo de otras especies en mi domicilio se habría acreditado una vulneración total al ámbito de custodia del propietario, o sea la consumación, la misma debe desecharse por lo arriba acotado.-

Asentando tanto el grado de ejecución del delito, frustrado, con la consiguiente rebaja de pena, enfrentando presidio menor en su grado mínimo, y la concurrencia de una atenuante, conducta anterior irreprochable, el legislador mandata la aplicación en el marco mínimun del grado referido, y habida consideración a la norma común que permite la apreciación del mal causado a la victima, se privilegiará el tramo mas lato de tal mínimun al ser ignominioso el atentar contra una institución de beneficencia, que compartiendo o no sus raíces religiosas y de cuasi empresa ,realiza un labor objetiva de ayuda material y espiritual a los desposeídos del país y en especial de la comuna, asistencia que se traduce en la organización de comedores abiertos y lugares de hospedaje contando para ello la colaboración de voluntarios y el aporte sea monetario o en especies de la comunidad toda. La acción delictiva de RIQUELME de sustraer mercaderías y abarrotes que cumplen con la finalidad antedicha merece a la par que un reproche penal el mínimo comentario de constituir una afrenta no sólo a la victima, Hogar de Cristo, sino que un desapego y desdén a un básico respeto a quienes son los usuarios de esta institución que la necesitan a fin de contar con una alimentación digna, me refiero a gente de igual y precaria condición socio que la detentada por el acusado, aquellos con que el sentenciado comparte carencias y necesidades, pese a lo cual no trepido en sustraer especies que estaban dirigidas a colaborar con aquellos que de todo carecen y solo cuenta con la ayuda cristiana y caritativa de un plato diario de comida.-

Referido a la posibilidad de beneficios alternativos de la ley 18.216, no se acogerá la pretensión de la defensa de acceder a la remisión condicional de la pena al estimar que no existe cumplimiento cabal y copulativo de lo requisitos que la hacen procedente, en especial la letra c del articulo 4 dado que la conducta posterior del acusado revela un actuar reñido con las normas del derecho penal, así destaca que en su contra, con fecha 7 de enero de 2003, se le formaliza como autor de receptación en causa RIT 13-2003, y el día 26 de febrero, causa RIT 188-2003, se le formaliza como autor de robo con intimidación causa en la

que se ha presentado acusación en igual calidad. Lo dicho revela, a juicio de este tribunal, que la persona de Riquelme Cea, no se hace merecedor de un cumplimiento alternativo para la ejecución de la pena.-

Por estas consideraciones y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1, 11 Nro. 6, 14, 15, 24, 30, 51, 67, 69, 442 Nro1, del Código Penal y artículos, 406, 407, 409, 410, 411, 412, 413 del Código Procesal Penal, y ley 18.216, **SE DECLARA:**

I.- Que, se **CONDENA** a **LUCIANO SPENCER RIQUELME CEA**, ya individualizado, como, AUTOR del delito de robo en lugar no habitado, en grado frustrado, previsto y sancionado en el numeral 1 del artículo 442, Código Penal, en perjuicio del Hogar de Cristo, ocurrido en esta ciudad el 10 de diciembre de 2002, a sufrir la pena de **doscientos cincuenta días de presidio menor en su grado** mínimo y a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.-

II.- Que, por improcedentes no se le concede beneficio alguno de los previstos en la ley 18 216.-

III.- Que, atento al hecho de afectarle al condenado, un proceso pendiente en su contra, causa RIT 188-2003, por robo con intimidación, causa en la que permanece en prisión preventiva desde el 26 de febrero de 2003, debe entenderse que la iniciación a la ejecución cabal de la pena impuesta se suspende mientras persista en tal calidad. Ahora bien en el contexto de ejecución le servirá de abono un día, el 10 de diciembre de 2002, en que permaneció detenido según acredita la pertinente acta de control de detención y formalización de igual fecha.-

IV.- Que, se condena en costas al sentenciado.-

Cúmplase en su oportunidad con el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Anótese. Regístrese. Comuníquese y archívese si no se apelare.

Dictado por don **MIGUEL GARCIA HERRERA,** Juez Titular del Juzgado de Garantía de Villarrica. Autoriza don **Cristian Fuentes Chamorro,** Jefe de Unidad de Administración de Causas y Ministro de Fe.

- **Condena al acusado a la pena de doscientos días de presidio menor en su grado mínimo, accesorias legales y al pago de las costas de la causa como autor del delito de defraudación previsto en el artículo 81 de la ley 19.581 en grado de frustrado.**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Combarbalá.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de defraudación del artículo 81 de la ley 19.581. Solicitó la aplicación del procedimiento abreviado, lo que el imputado aceptó. Finalmente, alegó la concurrencia de la agravante del artículo 12 número 16 del Código Penal. La Defensa solicitó la aplicación de alguno de los beneficios de la ley 18.216. El Tribunal rechazó la agravante alegada, por cuanto a la fecha de cometer los hechos típicos por los cuales se le juzgó no había sido condenado por crimen o simple delito de la misma especie, lo que impide reprocharle una calidad de reincidente. Por la misma razón, estimó procedente concederle el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiéndosele estimar con irreprochable conducta anterior.

Texto completo:

Combarbalá, trece de mayo de dos mil tres.

VISTOS:

PRIMERO: Que, se ha presentado acusación por la Fiscalía Local de Combarbalá, representada por el Fiscal Adjunto don Cristian Sánchez Rivera en contra del imputado, Cédula Nacional de Identidad Nº 11.783.736, privado de libertad y domiciliado en el Centro de Detención Preventiva de Illapel, por su participación en calidad de autor en el delito de defraudación contemplado en el artículo 81 de la ley 19.581

SEGUNDO: Que, los hechos que sirvieron de base a la acusación ocurrieron en esta localidad entre los días 17 de julio y 09 de agosto de 2001, fechas en las cuales el imputado realizó una serie de maniobras engañosas destinadas a perjudicar el erario público, para lo cual suponiendo negociaciones y empresas imaginarias se contactó con la oficina del Sence en Combarbalá afirmando ser contratista de la minera Los Pelambres y de la empresa Mendes Júnior, con el objeto de emplear mano de obra desocupada inscrita en el municipio y con ello obtener prestaciones indebidas equivalentes al 40 % de un ingreso mínimo por trabajador capacitado en dicho organismo, más $50.000 por cada trabajador inscrito en la capacitación. De esta manera el imputado capacitó 47 personas desocupadas pretendiendo emplearlas en Los Pelambres y Mendes Júnior, para así obtener el total de $4.200.000, no logrando su objetivo debido a que un funcionario municipal advirtió ciertas irregularidades en torno a la información por este entregada avisando de ello el Sence.

TERCERO: Que, la fiscalía al formular la acusación, solicitó respecto del imputado la aplicación de una pena de 540 días de presidio menor en su grado mínimo, más las penas accesorias del artículo 30 del mismo código, y que se le condenara al pago de las costas de la causa, siendo ese el tope máximo al que este tribunal podría condenar al acusado.

CUARTO: Que, la Fiscalía Local solicitó, en su escrito de acusación que de contarse con la anuencia del imputado se aplicara el procedimiento abreviado, solicitud que fue reiterada por ambas partes una vez iniciada la audiencia de preparación del Juicio Oral.

QUINTO: Que, el imputado fue consultado, en cuanto a sí su voluntad a aplicar el procedimiento abreviado, había sido prestada en forma libre e informada, respondiendo éste que sí, agregando que conocía su derecho a un juicio oral y que entendía las consecuencias del acuerdo, por cuanto había conversado con la defensa y que no había sido presionado para prestar su conformidad al procedimiento abreviado.

SEXTO: Que, para fundar su acusación el Ministerio Público invocó prueba documental consistente en:

a) 48 contratos de trabajo.

b) Declaración de don Amable Enrique Delgado, ante la Fiscalía Local de Combarbalá, quien señaló que fue contratado por el imputado conjuntamente con otros 50 trabajadores, que se les capacitó y se les informó por Villalón que serían ubicados como trabajadores en la minera Los pelambres, hecho que en definitiva nunca ocurrió.

c) Declaración de Enrique Contreras Ramírez, quien señaló que Villalón tenía el oficio de Contratista de los pelambres y en ese entendido fue contratado por Villalón para capacitar a trabajadores para ir a dicha minera y también para Auco con la empresa Mendes Júnior, hecho que no ocurrió pues luego de hechas las capacitaciones, el acusado le señaló que lo habían estafado y que no tenía dinero para pagarle a los trabajadores.

d) Informe de la Minera Los Pelambres, en la cual se señala que el imputado no está registrado, como contratista en dicha empresa.

e) Informe del Director Regional del Sence, en el cual se afirma que dicha repartición pública no pagó al señor Villalón las capacitaciones realizadas, ni sus subsidios a la contratación, pues éste no presentó las liquidaciones de sueldo ni los correspondientes pagos de cotizaciones previsionales de los trabajadores que éste capacitó.

f) Declaración del funcionario Municipal Miroslav Maluenda quien señaló que él efectivamente supervisó la realización de las capacitaciones de las personas desempleadas, agregando que Villalón cumplió con entregar con toda la documentación que el Sence exige para poder recibir los subsidios, pero que personalmente escuchó que, el acusado tenía antecedentes penales, razón por la cual se preocupó, llamando a la minera Los Pelambres de donde se obtuvo el dato que finalmente éste no era contratista de aquella empresa, por lo que se informó al Sence, institución que en definitiva no hizo efectivos los pagos a Villalón.

g) Declaración de Carlos Javier Villalón Carvajal, quien declaró voluntariamente ante el señor Fiscal Adjunto, señalando que no recibió dinero alguno del Sence pues los trabajadores no estaban laborando, agregando que esto sucedió ya que se molestó con su socio Aroldo Segundo González.

h) Extracto de antecedentes penales del imputado.

i) Copias de las sentencias en causa rol 41.653-4 y 41860 del Juzgado del Crimen de Illapel, con sus respectivos certificados.

j) Copia autorizada de sentencia RUC 0200051742-3 del Juzgado de Garantía de Illapel.

k) Informe Policial Nº 76800816 de la Policía de Investigaciones.

SÉPTIMO: Que, otorgada la palabra a la defensa del imputado, ejercida por la Defensora Penal Público doña Patricia Pérez Goldberg, solicitó que en caso de ser condenado el imputado se le aplicara alguno de los beneficios contemplados en la ley 18.216, en especial la Remisión Condicional de las pena.

OCTAVO: Que, el imputado al hacer uso de la palabra, pidió disculpas por los perjuicios causados.

NOVENO: Que, sobre la base de la aceptación del imputado respecto de los antecedentes existentes en la investigación, así como los antecedentes proporcionados por la Fiscalía durante la audiencia de procedimiento abreviado, circunstancias que fueron apreciadas de acuerdo a las reglas de apreciación de la prueba en libertad, permiten a este tribunal concluir, sin lugar a dudas, que al imputado le ha cabido participación en calidad de autor en el delito de defraudación previsto y sancionado en el artículo 81 de la ley 19.581 en calidad de autor del delito en grado de frustrado, ello, pues con los mencionados antecedentes investigativos, quedó del todo demostrado que el acusado, con el objeto de percibir maliciosamente dineros provenientes de caudales manejados por el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (Sence), intentó hacerse pasar por un supuesto contratista de dos empresas importantes del sector, empleando gente que supuestamente, luego de una capacitación otorgada por él, sería contratada en dichas empresas, intentado por esta vía acceder a los subsidios a la mano de obra y capacitación que el estado promovía, delito que no se consumó gracias a la atenta acción de la Municipalidad de Combarbalá quien en definitiva impidió que la conducta dolosa terminara con la defraudación que el imputado buscaba.

DÉCIMO: Que, no se hará lugar a la solicitud de la fiscalía con relación a tener por configurada la reincidencia especial del artículo 12 Nº 16 del Código Penal, ello pues al momento de realizar las conductas típicas que se castigarán en lo resolutivo de éste fallo, el imputado no había sido condenado por crimen o simple delito de la misma especie, lo que impide que el tribunal pueda reprocharle su actitud en calidad de reincidente.

Por esta misma razón, el tribunal revisando el extracto de filiación del acusado entiende que éste al momento de realizar la conducta típica de

marras, contaba con irreprochable conducta y por ello le reconocerá tal atenuante.

DECIMOPRIMERO: Que, no perjudicando al imputado agravante alguna y favoreciéndole una atenuante, este Tribunal aplicará la pena en su mínimún, tal como lo dispone el artículo 67 del Código Penal, y recorrerá dicho tramo conforme la mayor o menor extensión del mal causado por el delito, de acuerdo lo indica el artículo 69 del mismo cuerpo legal.

DECIMOSEGUNDO: Que, el tribunal atenderá, las peticiones de la defensa en lo relativo a que se le aplique al condenado algunos de los beneficios de la ley 18.216, en especial la remisión condicional de la pena, ello en consideración a que el sentenciador concuerda con las aseveraciones vertidas por aquella, en el sentido que, para poder aplicarse el señalado beneficio ha de interpretarse la voz condenado, dispuesta en el artículo 4º de la ley 18.216, en el sentido que tal condena, debe ser anterior al momento en que el imputado cometió un nuevo delito y no al momento en que fue efectivamente sentenciado, de lo contrario significaría que al imputado se le perjudicaría por demoras en el sistema judicial, lo que resulta a la luz de los principios constitucionales y legales inaceptable.

Por estas consideraciones, y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 259 y siguientes y artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal y artículos 1, 11 Nº6, 12 Nº 16, 15 Nº 1, 29, 45, 51, 67, y 69 del Código Penal y 81 de la ley 19.581, **SE DECLARA**:

1º.- Que, se **CONDENA** al acusado, **CARLOS JAVIER VILLALÓN CARVAJAL**, ya individualizado, a sufrir la pena de **DOSCIENTOS DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÍNIMO**, más las accesorias legales de suspensión para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito de defraudación previsto y sancionado en el artículo 81 de la ley 19.581, en grado de frustrado.

Reuniéndose, los requisitos establecidos en el artículo 4 de la ley 18.216, se le concede el beneficio de la Remisión Condicional de la Pena, debiendo quedar bajo la vigilancia de Gendarmería de Chile por el término de dos años, con la obligación de cumplir con las exigencias que dicha repartición le indique.

2º.- Que, **se condena** en costas al imputado.

Téngase por notificado lo resuelto en esta audiencia a todos los intervinientes. Dése copia a las partes que así lo soliciten. Anótese, regístrese, agréguese al registro y archívese si no se apelare.

Agréguese copia de la presente sentencia a la causa rol: 288 para los fines ha que haya lugar.

Rol de Juzgado de Garantía Nº 289.

Ruc 0100043129-6

DICTADA POR DON MAURICIO ALEJANDRO OLAVE ASTORGA, JUEZ DE GARANTÍA TITULAR DEL JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE COMBARBALÁ.

- **Absuelve al acusado de uno de los cargos de estafa, y lo condena a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, multa de 5 UTM, accesorias legales y al pago de las costas de la causa como autor del delito de estafa del artículo 468 en relación con el artículo 467 número 3 del Código Penal.**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Combarbalá.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor de tres delitos de estafa. Alegó, también, la concurrencia de la agravante del artículo 12 número 16 del Código Penal. La Defensa solicitó su absolución argumentando que faltó el elemento esencial del tipo, cual es el engaño, toda vez que sólo se limitó a afirmar, faltando así la simulación con la idoneidad necesaria para provocar la disposición patrimonial de quien pone un mínimo de diligencia en sus negocios. El Tribunal estimó que sí se había configurado el delito de estafa respecto de dos de las tres víctimas, por cuanto la simulación del artículo 468 del Código Penal no requiere la idoneidad bastante. Aclaró que es el sistema judicial el llamado a cautelar a las personas, no siéndoles exigibles la autotutela. Respecto de la tercera víctima, lo absolvió por cuanto los dichos provinieron de un tercero que no fue calificado de cómplice. Finalmente, respecto de la agravante alegada por el Ministerio Público, la desechó porque a la fecha de cometer los hechos por los cuales se le juzgó carecía de anotaciones prontuariales. Por la misma razón estimó concurrente la atenuante del artículo 11 número 6 del Código Penal.

Texto completo:

Combarbalá, trece de mayo de dos mil tres.

VISTOS:

PRIMERO: Que, se ha presentado acusación por la Fiscalía Local de Combarbalá, representada por el Fiscal Adjunto don Cristian Sánchez Rivera en contra del imputado, Cédula Nacional de Identidad Nº 11.783.736, privado de libertad y domiciliado en el Centro de Detención Preventiva de Illapel, por su participación en calidad de autor en el delito de estafa del artículo 468 del Código Penal.

SEGUNDO: Que, los hechos que sirvieron de base a la acusación ocurrieron en esta localidad entre los meses de julio y agosto de 2001, el imputado se contactó con don Gilberto Astudillo, don Pedro León y don Raúl Villalobos, a quienes en distintos momentos y ganándose su confianza señalándoles ser el marido de una importante funcionaria judicial de Combarbalá, y que se encontraba pronto a realizar trabajos en la Minera Los Pelambres, obtuvo de sus víctimas diversas cantidades de dinero y prestaciones en combustible por un total de $1.249.000, por los cuales dejó cheques ajenos que previamente había adquirido en la vía pública de Illapel a fines del año 2000 o comienzos del año 2001, firmándolos falsamente.

TERCERO: Que, la fiscalía al formular la acusación, solicitó respecto del imputado la aplicación de una pena de tres años y un día y multa de 15 U.T.M., más las penas accesorias del artículo 30 del mismo código y el pago de las costas de la causa, siendo ese el tope máximo al que este tribunal podría condenar al acusado.

CUARTO: Que, la Fiscalía Local solicitó, en su escrito de acusación que de contarse con la anuencia del imputado se aplicara el procedimiento abreviado, solicitud que fue reiterada por ambas partes una vez iniciada la audiencia de preparación del Juicio Oral.

QUINTO: Que, el imputado fue consultado, en cuanto a sí su voluntad a aplicar el procedimiento abreviado, había sido prestada en forma libre e informada, respondiendo éste que sí, agregando que conocía su derecho a un juicio oral y que entendía las consecuencias del acuerdo, por cuanto había conversado con su defensa y que no había sido presionado para prestar su conformidad al procedimiento abreviado.

SEXTO: Que, para fundar su acusación el Ministerio Público invocó la siguiente prueba:

1.- Informe policial 468/00816 y anexos.

2.- Informe Pericial 115, de La Policía de Investigaciones.
3.- Memorando del Banco Estado La Serena.
4.- Cheques serie ce números 0409667, 0409664 y serie CE0409662 de la cuenta corriente nº 13700032625.
5.- Declaraciones de las víctimas del delito.
6.- Declaraciones del imputado del delito.
7.- Copias de la sentencia en causa rol Nº 41.653-4 y 41.680 por estafa del Juzgado del Crimen de Illapel, con sus respectivos certificados.
8.- Copia de sentencia condenatoria ruc 0100006028-k del Juzgado del Crimen de Illapel.

SÉPTIMO: Que, a juicio de la fiscalía local, se encuentra totalmente acreditado el delito de estafa, puesto que se dan los elementos que configuran el delito, esto es, el engaño en este caso, la simulación, entendida como, cualquier hecho que produzca una errónea representación de la realidad, que dicha simulación, indujo a error a las víctimas, quienes en cada caso, creyeron en las afirmaciones dolosas del imputado, lo que los llevó a realizar la disposición patrimonial en su favor, para posteriormente verse cada uno de ellos perjudicado al disminuir su capacidad patrimonial.

OCTAVO: Que, otorgada la palabra a la defensa del imputado, ejercida por la Defensora Penal Público doña Patricia Pérez Goldberg, solicitó que se absolviera a su defendido de los cargos formulados en su contra, toda vez que en los antecedentes expuestos en la carpeta investigativa, no aparece con claridad el elemento central del tipo de estafa tal es, el engaño, ello porque a su juicio en los tres casos expuestos por la fiscalía, no mediaron más que afirmaciones del imputado, no necesariamente mendaces, con las cuales éste obtuvo la disposición patrimonial de las víctimas, no reuniéndose un requisito que hoy la doctrina más contemporánea reconoce en estos delitos de defraudación, tal es que, para configurarse el engaño debe existir una simulación bastante que tenga la idoneidad necesaria, atendida las características de los involucrados en el hecho, para provocar la disposición patrimonial en quien pone un mínimo de diligencia en sus negocios propios.

NOVENO: Que, el imputado al hacer uso de la palabra, pidió disculpas por lo sucedido.

DÉCIMO: Que, el tribunal es partidario de la tesis planteada en parte de la doctrina penal, en el sentido que no le es exigible a los particulares ningún nivel de autotutela de sus derechos propios, pues en un estado democrático en que el derecho penal funciona adecuadamente, es el sistema judicial el llamado a cautelar los derechos de los ciudadanos y éstos sólo deben preocuparse de realizar su plan de vida, de manera que el sentenciador no comparte las apreciaciones doctrinales de la defensa en el sentido que la simulación del artículo 468 requiere la denominada idoneidad bastante, sino que cree más bien que el tipo de estafa en lo relativo a la simulación no requiere más que una conducta del autor del delito capaz de crear una falsa representación de la realidad.

DECIMOPRIMERO: Que, con lo razonado en el considerando anterior, a este sentenciador no le quedaron dudas que las afirmaciones del acusado en torno a que era contratista de la Minera Los Pelambres, que los cheques que dio a cambio del dinero entregado por a una de las víctimas eran de una persona de Illapel que transportaba Guano y a otra que esos cheques eran prestados por el titular de la cuenta, por lo que no debía tener desconfianza, son simulaciones aunque pequeñas, suficientes para generar en las víctimas León Cortés y Raúl Villalobos, el error necesario para producir la posterior disposición patrimonial que en definitiva les causó detrimento económico en sus patrimonios, con lo cual quedó suficientemente acreditado el delito de estafa a través de la figura de la simulación establecida en el artículo 468 del Código Penal con relación al artículo 467 Nº3 del mismo cuerpo legal atendido el monto de lo defraudado.

DECIMOSEGUNDO: Que, el tribunal absolverá al imputado de los cargos por estafa, relativos a don Gilberto Astudillo Plaza, pues de sus propias declaraciones se puede deducir que no tuvo mayor contacto con el imputado, que quien le solicitó el dinero fue un taxita Ricardo Bravo y que éste fue quien le indicó que el Villalón era el marido de la Receptora, lo que era cierto, y que necesitaba el dinero para comprar implementos para unos trabajadores que se irían a los pelambres, todos antecedentes que al no ser proferidos directamente por el acusado y no considerándose cómplice al taxista Bravo, quien en definitiva fue el autor de los dichos, aparece totalmente desproporcionado castigarlo por expresiones ajenas.

DECIMOTERCERO: Que, no se hará lugar a la solicitud de la fiscalía con relación a tener por

configurada la reincidencia especial del artículo 12 Nº 16 del Código Penal, ello pues al momento de realizar las conductas típicas que se castigarán en lo resolutivo de éste fallo, el imputado no había sido condenado por crimen o simple delito de la misma especie, lo que impide que el tribunal pueda reprocharle su actitud en calidad de reincidente. Por esta misma razón, el tribunal revisando el extracto de filiación del acusado entiende que éste al momento de realizar la conducta típica de marras, contaba con irreprochable conducta y por ello le reconocerá tal atenuante.

DECIMOCUARTO: Que, tratándose de dos delitos de estafa, esto es, delitos de la misma especie, el sentenciador los considerará como un solo delito y aumentará la pena en un grado, por aplicación del artículo 351 del Código Procesal Penal.

DECIMOQUINTO: No perjudicando al imputado agravante alguna y favoreciéndole una atenuante, este tribunal aplicará la pena en su mínimún, tal como lo dispone el artículo 67 del Código Penal, y recorrerá dicho tramo conforme la mayor o menor extensión del mal causado por el delito, de acuerdo lo indica el artículo 69 del mismo cuerpo legal, como asimismo dará estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales en lo relativo a cuidar de no sobrepasar la pena que se le hubiera aplicado al imputado, en el evento de haberse ventilado en un mismo juicio las causas, 0100006028-K del Juzgado del Crimen de Illapel y la causa rol 030017538-1 de éste Juzgado de Garantía.

DECIMOSEXTO: Que, el tribunal atenderá, las peticiones de la defensa en lo relativo a que se le aplique al condenado algunos de los beneficios de la ley 18.216, ello en consideración a que el sentenciador concuerda con las aseveraciones vertidas por aquella, en el sentido que, para poder aplicarse el señalado beneficio ha de interpretarse la voz condenado, dispuesta en la ley 18.216, en el sentido que tal condena, debe ser anterior al momento en que el imputado cometió un nuevo delito y no al momento en que fue efectivamente sentenciado, de lo contrario significaría que al imputado se le perjudicaría por demoras en el sistema judicial, lo que resulta a la luz de los principios constitucionales y legales inaceptable.

Por estas consideraciones, y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 259 y siguientes y artículos 406 y siguientes del Código Procesal Penal y artículos 1, 11 Nº6, 12 Nº 16, 15 Nº 1, 29, 45,49, 67, 467 Nº3 Y 468 del Código Penal y artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, **SE DECLARA:**

1º.- Que, se absuelve al acusado **CARLOS JAVIER VILLAÓN CARVAJAL**, de los cargos de estafa formulados en su contra, con relación a don Gilberto Astudillo Plaza.

2º.- Que, se CONDENA al acusado, CARLOS JAVIER VILLALÓN CARVAJAL, ya individualizado, a sufrir la pena de QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO, y multa de 5 .T.M. más las accesorias legales de suspensión para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena, como autor del delito de estafa previsto y sancionado en el artículo 468, en relación con el artículo 467 Nº 3 del Código Penal, en perjuicio de Raúl Villalobos y León Cortés, ocurridos entre julio y agosto de 2001 en ésta ciudad.

Que, le servirá de abono a la pena impuesta los días que ha permanecido el imputado privado de libertad desde el trece de noviembre de 2002 y hasta la fecha en que efectivamente el imputado haga uso del beneficio que se le concederá.

Si, el imputado no pagaré la multa impuesta, sufrirá por vía de sustitución y apremio un día de prisión por cada quinto de U.T.M. sin exceder de seis meses.

Que, reuniéndose los requisitos del artículo 8º de la Ley 18.216 SE LE CONCEDE AL CONDENADO EL BENEFICIO DE LA RECLUSIÓN NOCTURNA, computándose una noche por cada día de privación de libertad, debiendo dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12 del mismo cuerpo legal.

3º.- Que, se **condena** en costas al imputado.

Dése orden de libertad al imputado en esta causa, ofíciese.

Téngase por notificado lo resuelto en esta audiencia a todos los intervinientes. Dése copia a las partes que así lo soliciten. Anótese, regístrese, agréguese al registro y archívese si no se apelare.

Ofíciese al Juzgado de Garantía de Illapel, enviando copia autorizada de ésta sentencia para los fines a que haya lugar.

Ruc 0100047230-8. Rol de Juzgado de Garantía Nº 288

DICTADA POR DON MAURICIO ALEJANDRO OLAVE ASTORGA, JUEZ DE GARANTÍA TITULAR EL JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE COMBARBALÁ.

- **Condena al acusado a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias legales como autor del delito de amenazas, y a una pena de multa de 1 UTM como autor de la falta de daños. Además se le condena al pago de las costas de la causa.**

Tribunal: Juzgado de Garantía de Combarbalá.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de amenazas y como autor de una falta de daños. La Defensa solicitó la absolución por no haberse alcanzado el estándar probatorio que exige la ley, además de faltar la seriedad y verosimilitud de las amenazas, posición que el Tribunal rechazó. Al efecto, el Juez declaró que los antecedentes aportados cumplieron con convencer al sentenciador dado el correlato suficiente con alguna de las máximas de la experiencia, de la lógica o principios generales científicamente aceptados. Respecto del tipo penal de las amenazas, éste se cumplió al ser los medios utilizados por el acusado para forzar a la víctima a irse aptos para lesionarla. Habiendo abierto debate respecto de la posibilidad de aplicar el artículo 398 del Código Procesal Penal, el Tribunal acogió el planteamiento de la Fiscalía en orden a que la sola ausencia de anotaciones pretéritas resulta insuficiente para ello, porque la ley exige la concurrencia de una pluralidad de antecedentes.

Texto completo:

Combarbalá, veintisiete de Junio de dos mil tres.

VISTOS:

PRIMERO: Que, se ha instruido proceso Ruc Nº 0200149790-4, Rol Nº 429 de este Juzgado de Garantía, en procedimiento simplificado seguido en contra del imputado don MANUEL ITURRIETA VENEGAS, ingeniero, domiciliado en calle Arturo Godoy N° 101, Villa Estadio, Combarbalá, mediante requerimiento efectuado por la Fiscalía Local de esta ciudad de fecha 02 de Junio del corriente, a fin de determinar la responsabilidad que le cabe en los delitos de Amenazas del artículo 296 N° 3 y de daños falta del artículo 495 N° 21, ambos del Código Penal.

SEGUNDO: Que, los hechos que fundaron el requerimiento, ocurrieron el día 13 de Diciembre de 2002, aproximadamente a las 01:30 horas, en circunstancias que don CLAUDIO ANDRES DIAZ AGUILERA, conducía la camioneta PPU LU 21 67, de propiedad de don Manuel Rodríguez Carvajal, y quedó en panne en un sitio eriazo ubicado al costado oriente de la Villa Estadio, de esta ciudad y a unos 12,4 metros de la parte posterior de la casa arrendada del imputado, siendo auxiliado por don Hugo Castillo Pérez, pudiendo así, solucionar el desperfecto mecánico del citado vehículo y retirándose este último del lugar.

Minutos después, apareció intempestivamente el requerido quien procedió a insultar a la víctima para luego tomar dos piedras de mediano tamaño desde un montículo de escombros, con las que amenazó a don Claudio Díaz, para posteriormente lanzarlas contra la camioneta

TERCERO: Que, la Fiscalía propuso imponer al imputado la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo por el delito de amenazas y multa de 1 U.T.M. por la falta de daños, más las accesorias del artículo 30 del Código Penal y las costas de ésta causa.

CUARTO: Que, preguntado el imputado respecto del requerimiento efectuado, en el sentido de si reconocía los hechos contenidos en éste, o si solicitaba la realización de juicio simplificado en la misma audiencia, el imputado optó por la segunda opción, manifestando que los hechos y circunstancias contenidos en el requerimiento NO eran efectivos, negando su responsabilidad en estos.

QUINTO: Que, durante la audiencia los intervinientes rindieron en forma legal sus medios de prueba.

La Fiscalía rindió prueba testimonial, documental y otras, consistiendo la primera de ellas, en las declaraciones de:

a.- Claudio Díaz, músico, quien afirmó que el día de los hechos alrededor de la 1:00 de la madrugada, manejaba la camioneta color rojo de propiedad de Don Manuel Rodríguez la que tenía un problema de batería, quedando en panne, debiendo empujar el vehículo del pasaje Carlos Saavedra hacia abajo, para hacerla partir; ésta no partió llegando a un sitio que no tiene más pendientes, por lo que solicitó ayuda al taxista Hugo Castillo, quien le prestó una batería para hacer un puente, haciendo partir el vehículo, procediendo este último a retirarse. Cuando se encontraba con el motor corriendo sintió unas piedras que golpearon en las ruedas de la camioneta, acercándose luego un señor quien empezó a insultarlo, alterándose bastante, tomando dos piedras grandes una en cada mano abalanzándose sobre él para que se retirara del lugar, lo que le produjo miedo de que le pegara a él o a la camioneta.

El testigo reconoce en la audiencia, tanto al imputado presente el ella, como a la camioneta que conducía el día de los hechos y el sitio del suceso, a través de un set de fotografías que se le exhiben.

B.-Manuel Rodríguez, profesor, quien señaló que es dueño de la camioneta marca Toyota, patente LU- 2167, la que reconoce mediante las fotografías que se le exhiben, agregando que se la prestó a don Claudio Díaz el día 13 de diciembre del año dos mil dos, a quien reconoce en la audiencia, advirtiéndole que ésta tenía problemas de batería. Don Claudio Díaz al devolverle la camioneta le habría relatado los hechos que le ocurrieron ese día, pudiendo constatar los daños en la tapa de rueda del lado delantero izquierdo de la camioneta. Reconociendo las fotografías que dan cuenta de los daños materia de autos.

C.-Hugo Castillo, chofer, quien manifestó que el día de los hechos alrededor de la 1:00 de la madrugada el sr. Díaz le fue a pedir ayuda porque el vehículo en que andaba se la había agotado la batería, prestándole una de su propiedad hasta que la camioneta partió regresando a su casa. El testigo reconoce el sitio del suceso, mediante el set de fotografías que se le exhibe.

D.-Wilson Irribarra, carabinero de Chile, quien señala que el día 13 de diciembre de 2002, a las 10:20 horas, se presentó a la Subcomisaría de Combarbalá, don Claudio Díaz a dejar constancia que había sido amenazado por el sr. Iturrieta, lo que se estampó en el libro de guardia firmado por el afectado, que el testigo reconoce haber suscrito.

E.-Jorge Salfate Leyton, contador y administrador de la Fiscalía de Combarbalá, quien señala que el día 24 de abril de 2003, le correspondió tomar un set de fotografías, por instrucción del Fiscal Jefe de Combarbalá, a la camioneta de autos, para constatar los daños que presentaba la rueda delantera del costado izquierdo del lado del conductor la que se encontraba quebrada en dos partes. el testigo reconoce el set de fotografías que le son exhibidas, como aquellas por él tomadas.

La prueba documental rendida por el Ministerio Público, que se introdujo legalmente mediante su lectura, consistió en:

a.-Libro de novedades del Servicio de Guardia de la subcomisaría de Combarbalá, correspondiente al período 13 a 14 de diciembre de dos mil dos.

b.- Informe de diligencia Nº 7 de la Subcomisaría de Combarbalá, relativo a plano del sitio del suceso

Otros medios de prueba introducidos por la Fiscalía:

a.-Set de fotografías del sitio del suceso,

b.- Fotografía de la camioneta de autos,

c.-Set de fotografías de la tapa delantera izquierda de la camioneta.

SEXTO: Que, la defensa introdujo la siguiente prueba:

Testimonial:

-Manuel Iturrieta Venegas, ingeniero, quien señala que el día de los hechos, en circunstancias que se encontraba durmiendo se despertó con el ruido de un motor, que transcurrido diez minutos seguía molestando, razón por la cual salió, por la puerta que da al patio posterior de su casa, divisando un vehículo estacionado alrededor de unos siete metros, el que no pudo distinguir, porque se encontraba con los focos encendidos, en dirección horizontal hacia la puerta, al acercarse al conductor y preguntarle si tenía algún problema, ya que tenía el capó levantado, el le señaló que se encontraba en panne, sin explicarle el motivo, lo que le pareció bastante extraño ya que tenía el motor acelerado, y al inquirirle si se iba a retirar o no, éste le respondió en forma prepotente, si tenía algún problema con ello, señalándole el imputado que le molestaba para dormir, esta actitud

prepotente y falsa fue considerada por el imputado como una provocación, luego de esto se retiró del lugar.

El fiscal, al señalarle el porqué la provocación iría dirigida hacia él, éste señala ignorar el motivo, razón por la cual el fiscal deja en evidencia la contradicción en que incurre el testigo, al solicitarle que de lectura en lo pertinente a su declaración, prestada ante la fiscalía de fecha 19 de Diciembre de 2002, en la cual señaló que la provocación se debía a los juicios que actualmente tiene incoadas en contra de don Cristian Cortés y Ana Vargas, por lo que la víctima sólo habría estado cumpliendo órdenes de ellos.

Otros medios de prueba:

a.- Set fotográfico del sitio del suceso.

SÉPTIMO: Que, la fiscalía local en su alegato de clausura señaló, que con la prueba rendida ha quedado suficientemente establecido los delitos amenaza del artículo 296 Nº 3 y falta de daños que prescribe el artículo 495 Nº 21, ambos del Código Penal. ya que la defensa no acompañó antecedentes para desvirtuar las afirmaciones, ni sembró alguna duda razonable respecto a la comisión de los dos ilícitos.

OCTAVO: Que, la Defensa, en su alegato de clausura solicitó la absolución de su defendido, pues a su juicio existen múltiples contradicciones y no se alcanzó el estándar probatorio que exige el Código Procesal Penal para condenar, y además expresa que las amenazas deben ser serias y verosímiles, debiendo atentar contra la libertad de determinación de una persona, pretendiendo obtener una conducta determinada por parte de quien sufre la amenaza.

NOVENO: Que, otorgada la palabra al imputado, éste señaló que los cargos que el fiscal le ha imputado en la audiencia no corresponden a los hechos denunciados por el denunciante en la fiscalía, las imputaciones que se le realizan, no se encuentran avaladas por el denunciante, ya que este último ha entrado en una serie de contradicciones entre su denuncia y lo expresado en esta audiencia, además no existen testigos oculares de los hechos.

DÉCIMO: Que, con el mérito de las declaraciones de la víctima, quien impresiona favorablemente por considerarse creíble su relato y por tanto más conforme con la realidad, siendo capaz de deponer con propiedad respecto a lo ocurrido, en forma circunstanciada y sin vacilaciones, unido esto a las declaraciones de los testigos, Castillo, Rodríguez, e Irribarra, quienes reafirman, complementan y concuerdan de manera unívoca la declaración que de los hechos realiza la víctima, todo ello contrastado con la declaración del imputado, esta aparece como poco creíble, contradictoria, con sus propios relatos prestados durante la investigación, lo que quedó en evidencia durante el desarrollo del juicio, por lo que, el tribunal dará por acreditado que el imputado Iturrieta ha tenido participación en calidad de autor de los delitos por los cuales fue requerido por la fiscalía local.

DÉCIMO PRIMERO: Que, el tribunal discrepa de las alegaciones de la defensa en el sentido que en la audiencia del juicio simplificado no se alcanzó el nivel de prueba requerido para acreditar los daños, ni se reunirían los elementos del tipo del delito de amenaza, razón por la cual no se debería condenar al imputado. Lo anterior debido que a juicio de este sentenciador, las normas de apreciación libre de la prueba, sólo ponen el límite en que la convicción fáctica a que el sentenciador íntimamente llegue, tenga un correlato suficiente con alguna de las máximas de la experiencia, de la lógica o en último caso de los principios científicamente aceptados, hecho que en autos ocurre, debido a que mirado desde la perspectiva de la víctima el que un sujeto desconocido lo agreda en primer término lanzando piedras al automóvil en que éste se encontraba, para luego insultarlo y compelerlo ha hacer abandono del lugar, valiéndose de dos piedras de regular tamaño son del todo suficientes para caracterizar dichas conductas, como serías y verosímiles, requisitos que el tipo penal exige para configurar el delito de amenazas.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, por otra parte, también se discrepa de la opinión de la defensa, en lo relativo al delito de daños falta, en cuanto a que ésta señalaba la no concurrencia de los mismos, por cuanto al tribunal conjugando toda la prueba rendida en la audiencia de fecha 25 de junio de 2003, le ha quedado suficientemente acreditado que la tapa de la rueda delantera izquierda del vehículo en que se desplazaba la víctima, sufrió dos trizaduras las que fueron provocadas por el golpe en éstas de elementos contundentes, tales como las piedras, que el imputado lanzó al vehículo al momento de los hechos de marras.

DÉCIMO TERCERO: Que el tribunal abrió debate respecto de la posibilidad de suspender la imposición de la condena, según lo prescribe el artículo 398 del Código Procesal Penal.

DÉCIMO CUARTO: Que, la defensa, en orden a suspender la imposición de la condena, incorporó en la audiencia el certificado de antecedente del imputado.

DÉCIMO QUINTO: Que, la fiscalía se mostró contrario a lo solicitado por la defensa toda vez que la norma señala que deben concurrir un conjunto de antecedentes favorables los que no se dan en autos.

DÉCIMO SEXTO: **Que, este sentenciador considera que no obstante haber acompañado la defensa el certificado de antecedentes del imputado, sin anotaciones pretéritas, este resulta insuficiente, toda vez que no se cuenta con el extracto de filiación y antecedentes que le acredite al tribunal que la conducta del imputado ha sido irreprochable, y que la norma exige la concurrencias de antecedentes favorables, esto es, más de uno lo que no se daría en autos.**

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, no existiendo atenuantes, toda vez que la irreprochable conducta anterior tendría sólo como fundamento los dichos del fiscal en el requerimiento, y que en virtud del principio inspirador del Código Procesal Penal de la Objetividad, debió acompañarse el extracto de filiación y no concurriendo agravantes, el tribunal al aplicar la pena podrá recorrerla en toda su extensión.

Por estas consideraciones y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 388 y siguientes del Código Procesal Penal y artículos 15 Nº1, 30, 67, 296 Nº3 y 495 Nº21 del Código Penal y artículos 3º y siguientes de la ley 18.216.

SE DECLARA:

Que se **ACOGE EL REQUERIMIENTO** presentado por el Ministerio Público en contra de **MANUEL VICTOR ITURRIETA VENEGAS**, ya individualizado en autos, **y se le condena a la pena de 61 DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÍNIMO, a la accesoria de suspensión de cargo u oficios públicos durante el tiempo de la condena, y al pago de una multa de 1 U.T.M.**, por el delito de amenaza y de daños falta, hecho ocurrido el día 13 de Diciembre del año 2002, aproximadamente a las 01:00 horas en ésta ciudad.

Que, **se condena** en costas al imputado.

Que, reuniéndose los requisitos del artículo 4 de la Ley 18.216 **SE LE CONCEDE EL BENEFICIO DE LA REMISIÓN CONDICIONAL DE LA PENA, POR EL PLAZO DE UN AÑO**, debiendo cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 5º del mismo cuerpo legal.

La multa impuesta deberá enterarse en secretaría de este tribunal o en arcas fiscales mediante el respectivo pago a la Tesorería General de la República efectuado con el correspondiente formulario Nº10, además la copia del respectivo formulario deberá ser presentado al Tribunal dentro del quinto día de efectuado el pago.

En caso que el condenado no pague la multa impuesta sufrirá por vía de sustitución y apremio un día de reclusión por cada quinto de unidad tributaria mensual, sin que pueda exceder de seis meses.

Anótese, regístrese, agréguese al registro y archívese si no se recurriere.

Rol de Juzgado de Garantía Nº 429.
Ruc Nº 0200149790-4.

DICTADA POR DON MAURICIO ALEJANDRO OLAVE ASTORGA, JUEZ DE GARANTÍA TITULAR DEL JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE COMBARBALÁ.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL

- **Condena al acusado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo con violencia calificado.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de robo con violencia previsto y sancionado en los artículos 432 en relación con el artículo 433 número 1 del Código Penal. Alegó, además, las agravantes del artículo 456 bis números 1 y 3, reconociéndole la circunstancia modificatoria del artículo 72, todos del mismo cuerpo legal. La Defensa solicitó que se sancionara como un concurso material o real, entendiendo que hubo un robo con intimidación tentado y un delito de lesiones graves gravísimas consumado, o incluso homicidio en grado de frustrado. Ello porque debió haber habido una conexión directa entre el robo y las lesiones, siendo el robo el eje. Al no haber habido apropiación, la conducta posterior debía ser juzgada por su propio mérito. El Tribunal rechazó las alegaciones de la Defensa, toda vez que consideró acreditado que tres personas se concertaron para asaltar, acción que se vio frustrada porque la víctima arrancó. Argumentó que efectivamente hubo dos acciones, pero íntimamente ligadas entre sí, concurriendo en ambas el dolo necesario: un dolo directo en el ánimo de apropiación, y uno eventual en las lesiones gravísimas. Habiendo quedado el robo en grado de frustrado, debido a la huida de la víctima, pese a estar consumadas las lesiones, el sentenciador está obligado a estimar la figura compleja como frustrada. Finalmente, de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, rechazó las agravantes invocadas por el Ministerio Público, en atención a que no se acreditó que estuviera en el ánimo del acusado procurarse un lugar apartado, y a que sólo fue acusado un sujeto. De las atenuantes alegadas por la Defensa, rechazó la del número 7 del artículo 11 del Código Penal por lo dispuesto en el artículo 450 bis del mismo código, y la del número 9 del mismo artículo 11 por cuanto sus tardíos aportes no pudieron ser calificados de sustanciales.

Texto completo:

La Serena, veinte de diciembre de dos mil dos.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en la audiencia del día dieciséis de diciembre del año dos mil dos, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, constituido por la juez presidente de sala doña María Cruz Fierro Reyes e integrada por los magistrados don Nicanor Alberto Salas Salas y doña María del Rosario Lavín Valdés, se llevó a efecto el juicio oral de los autos rol 45-2002 seguidos contra Raúl Mauricio Navea Pérez, chileno, soltero, C.I. n° 16.052.876-1 sin oficio, nacido el 30 de enero de 1985, 17 años de edad, domiciliado en Panul 608, San Juan, Coquimbo, legalmente representado por su defensor penal don Román Zelaya Ríos.

Intervino como parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público representado por el fiscal adjunto don Rodrigo de La Barra Cousiño, domiciliado en Doctor Marín 302, Coquimbo, en tanto la defensa del acusado estuvo a cargo del abogado don Román Zelaya Ríos, de la Defensoría Penal Pública de La Serena, con domicilio en Melgarejo 1052, segundo piso, Coquimbo.

SEGUNDO: El Ministerio Público formuló acusación en contra de Raúl Mauricio Navea Pérez como autor del delito consumado de robo con violencia previsto y sancionado en los artículos 432 en relación al 433 n° 1 del Código Penal, fundado en los antecedentes de hecho y de derecho que refiere en los términos siguientes: Que el día 29 de septiembre de 2001 cerca de las 23:30 horas el acusado, en compañía de los menores Alexis

Ramiro Gómez Sasso de 13 años de edad y Jhonny Andrés Campos Ponce de León de 15 años, previamente concertados para asaltar, abordaron el taxi colectivo marca chevrolet, modelo monza PPU NT 7959, conducido por Luis Enrique Alvarez Christiansen, 29 años, chileno, chofer, domiciliado en Melgarejo 887, Coquimbo. Una vez en el interior, solicitaron a la víctima que los trasladara hasta el sector de Punta Mira de la misma ciudad. Transcurridos unos minutos y al llegar a un sitio oscuro el imputado sacó de entre sus vestimentas una escopeta hechiza, la ensambló en sus dos partes y apuntó a la víctima en el hombro derecho, señalándole que esto era un asalto, y que lo meterían en la maleta del auto. La víctima detuvo en ese momento el auto a requerimiento del imputado. Uno de los menores que iba sentado en el asiento del copiloto abrió la puerta y se bajó del móvil, lo mismo hizo el segundo. Sólo el imputado quedó arriba del vehículo. La víctima al ver que se bajaban los atacantes y ante la inminencia de ser secuestrado reinició la marcha, sintiendo a los pocos metros un fuerte ruido y golpe en la espalda, producto del disparo efectuado por el acusado con la escopeta hechiza que portaba. En esos momentos, la víctima pierde el control del vehículo, el imputado abre la puerta, se baja del móvil y se da a la fuga. Producto del disparo la víctima resultó con lesiones clínicamente graves con incapacidad permanente derivada de la alteración anatómica de su hombro y pérdida de la función del mismo y con incapacidad laboral derivada del impedimento de su brazo derecho. Considera que favorece al acusado la circunstancia modificatoria de responsabilidad penal del artículo 72 del Código Penal y que le perjudican las agravantes establecidas en los nº 1 y 3 del artículo 456 bis del Código Penal, por lo que solicita se le condene a la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo y a las accesorias legales penales correspondientes, con costas.

TERCERO: Con el fin de acreditar el hecho punible, esto es la apropiación de cosa mueble ajena contra la voluntad de su dueño, ejercida mediante violencia en la persona de la víctima, que le causó una lesión consistente en el impedimento de un miembro importante, el Ministerio Público trajo a estrados a don Luis Enrique Álvarez Christiansen, quien expuso que el día de los hechos, entre las 23 y las 23:30 horas, en circunstancias que se encontraba conduciendo un taxi colectivo fue abordado por tres "lolos", quienes subieron al vehículo cada uno por sus respectivas puertas y a los que condujo hacia el sector de Punta Mira, una vez pasada la población Los Héroes ubicada en calle Los Clarines, llegaron a un sitio eriazo en donde por un lado hay una parcela y por el otro un peladero, señalándoles estos que se trataba de un asalto, sacando de entre sus ropas unos fierros que encajaron, lo insultaron y le increparon para que detuviera el vehículo porque lo iban a meter en el maletero, y mientras trataba de calmar a los jóvenes que estaban eufóricos, con rabia y decididos a hacer lo que anunciaban, con el fin de acceder a su petición y a que no le causaran daño, detuvo el vehículo, momento en que los dos pasajeros que iban por el lado derecho del mismo se bajaron cada uno por sus respectivas puertas. Señaló la víctima que estaba totalmente aterrado con lo que sucedía y pensando que se habían bajado los tres jóvenes, reinició rápidamente su marcha, sintiendo inmediatamente un fierro apoyado en su brazo y segundos después, una gran explosión y un golpe fuerte en el hombro llenándose el auto de humo con olor a pólvora, calculando que condujo aproximadamente unos cincuenta metros entre que detuvo el vehículo y los dos jóvenes se bajaron, hasta el disparo que hizo el tercer sujeto que quedó dentro del vehículo y al que sólo vio después que le disparó, cuando miró hacia atrás y éste arrancaba del auto pasándose hacia el lado derecho, por cuya puerta salta aún con el auto en marcha. Continuó exponiendo el declarante que sintió una angustia muy grande al ver que su mano derecha no le respondía, el brazo le colgaba como un trapo y no podía pasar el cambio para dirigirse hasta el Hospital, pero que gracias al oportuno auxilio de un colega y otras personas que pasaban por el lugar y que eran pasajeros conocidos, pudo llegar a tiempo al centro asistencial, con lo que se sintió a salvo y se desmayó. Agregó que le ha costado mucho la rehabilitación, que tuvo su mano inmóvil por cinco meses, hinchada y con dolores, valorando en ese momento su capacidad laboral que vio disminuida considerablemente, toda vez que tuvo que aprender a comer, a asearse y en general a usar la mana izquierda. Le pusieron unos fierros en el hueso que se quebró en dos partes. El médico le ha señalado que puede terminar con una invalidez permanente del brazo derecho, dependiendo de la recuperación del nervio

circunflejo, que por lo general se puede recuperar en un periodo mínimo de tres años.

El testigo Alexis Ramiro Gómez Sasso, expuso que el 29 de Septiembre del año pasado se encontró con el "Borracho" y el "Paila" en el parque El Culebrón, ofreciéndose a participar en un asalto a un auto colectivo. Le pidieron al chofer que los llevara a Punta Mira, y en un tramo del trayecto lo hizo parar y le dijo "al portamaletas" bajándose con el "Paila" del vehículo, reiniciando el chofer rápidamente su marcha, por lo que arrancaron hacia el parque El Culebrón, distante a una cuadra del lugar, sintiendo a lo lejos un disparo efectuado por el "Borracho" que se había quedado en el auto, a quien le había visto una escopeta antes de hacer detener el taxi.

Por su parte, Jonny Andrés Campos Ponce de León expuso que el 29 de Septiembre del año pasado junto con dos amigos el "Caramelo" y el "Borracho", se subieron a un colectivo y le pegaron un escopetazo en el brazo al chofer. Refirió que la idea del asalto fue de los tres, con el fin de ir a pasear en el vehículo, porque el "Borracho" les había manifestado que sabía conducir. Frente a una frase que le recuerda el fiscal contenida en su declaración prestada ante el Ministerio Público, acerca de que él portaba una escopeta que le había quitado a un "cabro", reconoce que es efectivo, y que subió con ésta al auto, la que luego quedó en el interior de éste. Continuó relatando que le dijo al chofer que se detuviera, que lo iban a echar al portamaletas y se iban a ir en el auto. Supo que el "Borracho" disparó la escopeta porque él mismo se lo manifestó luego en una fiesta a la que asistieron esa misma noche, explicándole que lo había hecho porque el chofer no quiso parar.

Que la violencia ejercida sobre la víctima del delito y las lesiones resultantes fueron establecidas además con el testimonio del perito médico legista, doctor David Urrutia Tillería, quien expuso haber atendido en dos oportunidades a Luis Enrique Álvarez Christiansen para constatar lesiones, el 9 de Enero y el 19 de Abril, ambas del año 2002, advirtiendo la presencia de una deformidad llamativa en el hombro derecho con una atrofia importante de masa muscular y cicatrices en la parte posterior del brazo producto de suturas. En las radiografías observó una fractura múltiple, una atrofia por déficit muscular, concluyendo una lesión traumática con complicación neurológica, no constatando en el segundo examen de término de lesiones una evolución satisfactoria en la recuperación del músculo. Señaló que la fractura conlleva un alto riesgo vascular y neurológico, causado por la pérdida de un nervio importante cuya ausencia provoca la falta de estímulo, lo que le impide hacer los movimientos propios del brazo afectado, tales como los de separación del cuerpo, toda vez que el nervio se fraccionó totalmente, comprometiendo el plexo distal, lo que conlleva un problema de sensibilidad. Se le exhiben y reconoce las fotografías incorporadas a la pericia, que muestran las lesiones a que se ha referido en su declaración, tales como la pérdida de masa muscular, las prominencias óseas y las cicatrices, agregando que perdió además el músculo posterior llamado tríceps, lo que no le permite levantar el brazo, ejemplarizando a solicitud de los intervinientes, los movimientos que no podrá posiblemente realizar, como conducir un vehículo y tomar en brazos a un niño, entre otros. Frente a la pregunta de la defensa acerca de la incapacidad consignada en el segundo de sus informes, que atribuye a la pérdida de funcionalidad del hombro afectado, respondió que en el caso de este paciente, no se producirá la recuperación del nervio afectado a razón de dos milímetros diarios, como comúnmente suele ocurrir, ni a ninguno, concluyendo que la gravedad de las lesiones está dada por la pérdida de funcionalidad, lo que le acarrea un cuarenta por ciento de invalidez respecto de la labor específica que éste desempeñaba hasta antes de la lesión, incorporándose por el Ministerio Público las pericias evacuadas por este profesional como medio de prueba.

Que por su parte declaró en estrados el perito balístico de Carabineros sargento segundo don Rogelio Caro Campos, a quien le correspondió efectuar una pericia a la escopeta hechiza que le fuera entregada por el fiscal adjunto don Rodrigo de La Barra Cousiño, concluyendo que se trata de un arma adaptada para vainas de calibre doce, compuesta de dos tubas de fierro, de material blando, presentando uno de ellos ambos extremos ahuecados, a diferencia del otro que tiene uno de sus extremos cerrado, en su interior hay una protuberancia que sirve como aguja percutora. Concluyó que el arma periciada es apta para disparar y que lo fue después de su último aseo. Al exhibirle el fiscal la escopeta, que posteriormente incorporó como prueba material, el perito la

reconoció por haberla rotulado él después de su examen. Expuso que es fácil adquirir tiros calibre doce en el comercio, y que esta arma adaptada tiene un poder destructivo similar a una verdadera, que hoy en día es comúnmente utilizada en la comisión de delitos. A solicitud del tribunal introduce el tiro en el tubo más largo que se encuentra abierto por ambos extremos, y une ambos fierros simulando el movimiento que se debe efectuar para lograr el disparo, señalando que al tratarse de materiales blandos, resulta riesgosa su utilización por el poder explosivo que provoca. Reconoce por último su informe exhibido e incorporado por el Ministerio Público en la audiencia.

Finalmente, el cabo de Carabineros don Jorge Rodrigo Hidalgo Manríquez, a quien le correspondió diligenciar la orden de investigar, señaló que el arma fue encontrada en el Parque El Culebrón, la que evidenciaba óxido por la humedad propia del lugar, que es posible apreciar en la fotografía n° 11 del set incorporado por el Ministerio Público que le fue exhibido en ese acto, reconociendo la escopeta hechiza que le mostró el fiscal en la audiencia. Procedió luego a describir cada una de las fotografías, identificando los lugares en donde ocurrieron los hechos, señalando que la foto n° 5 corresponde al lugar en donde los imputados obligaron a detenerse al chofer para asaltarlo, descendiendo dos de ellos del móvil, la n° 7 a calle Los Clarines con sector de Punta Mira, destino final del taxi colectivo luego de haber recibido el impacto de proyectil de arma de fuego, y la n° 10 muestra el Parque el Culebrón, distante a cuadra y media del lugar de los hechos. Al ser contrainterrogado por la defensa acerca del sitio del suceso, utilizando las mismas fotografías incorporadas por el Ministerio Público, reconoce que en el sector izquierdo de la foto n° 5, se ve un terminal de buses y al fondo edificios, la n° 7 muestra el lugar en donde se produjo el disparo, que corresponde a un sitio eriazo y la n° 10 al Parque El Culebrón por donde habrían escapado los jóvenes luego de bajarse del auto para llegar a sus domicilios ubicados en dicho sector. Termina diciendo que entre ambos lugares existe a lo mas, una cuadra y media de distancia, agregando al respecto el cabo segundo de Carabineros don Patricio Bello Chandía que el sitio del suceso es un lugar en que habitualmente no transitan personas y en que no hay casas habitación que, aunque existen luminarias de postes de luz, hay poca iluminación porque los menores rompen los focos, siendo dicha ruta el recorrido habitual de la locomoción colectiva.

CUARTO: Que lo señalado en el considerando anterior permite concluir que el acusado concertado con otros dos menores para cometer delito, abordó el día 29 de septiembre del año 2001 el vehículo taxi colectivo conducido por Luis Enrique Álvarez Christiansen, solicitándole los trasladara hasta el sector de Punta Mira de la ciudad de Coquimbo, durante el trayecto éste sacó de entre sus ropas unos fierros que encajó, manifestándole uno de sus acompañantes que se trataba de un asalto y que lo meterían en el portamaletas, profiriéndole toda clase de insultos, y en la intersección de calles Los Clarines con Eduardo Mallea, lo hicieron detenerse con el fin de reducirlo para apropiarse del vehículo, para lo cual se bajaron los otros dos sujetos, momento que fue aprovechado por el conductor para acelerar el móvil y huir de ellos, sin percatarse que el acusado aún permanecía en el interior del vehículo sentado detrás de él, alcanzando a avanzar como una cuadra, siendo herido por el disparo que hizo el acusado con la escopeta hechiza que portaba. A consecuencia de ello la víctima resultó con una fractura múltiple a la altura de su hombro derecho, con pérdida de masa muscular, con compromiso del nervio circunflejo o axilar, atrofia del músculo tríceps, que le ocasionó la pérdida funcional del brazo derecho.

Que los hechos antes descritos configuran el delito de robo con violencia calificado previsto y sancionado en el artículo 432 en relación con el n° 1 del articulo 433 ambos del Código Penal, al haberse acreditado los elementos del tipo penal señalado, consistentes en la apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, que este tribunal califica en grado de frustrado, toda vez que el acusado y sus acompañantes pusieron de su parte todo lo necesario para consumar el delito, descendiendo dos de ellos para meter en el portamaletas al taxista y así apoderarse del auto, lo que no se verificó por causas independientes a su voluntad, cual fue la reacción inesperada del taxista de acelerar el móvil mientras ellos descendían, provocando la inmediata reacción del acusado quien para favorecer su impunidad disparó.

A su vez las lesiones ya referidas causadas con ocasión del robo, se encuentran

comprendidas en el n° 1 del artículo 397 del Código Penal, al haber determinado la pericia médica que ellas provocaron una invalidez funcional del hombro derecho del afectado, que le impide efectuar movimientos de separación del cuerpo, lo que a juicio de este tribunal encuadra en la descripción "impedido de algún miembro importante" por cuanto ésta extremidad superior perdió su función propia, mas aún cuando se trata del brazo derecho en una persona diestra.

QUINTO: Que la participación del acusado Raúl Mauricio Navea Pérez en calidad de autor inmediato y directo del delito antes señalado, se acreditó con su propio testimonio al declarar en el juicio señalando que ese día andaba con el "Jonny", ambos se encontraron con el "Caramelo" y acordaron asaltar un vehículo, haciendo detener al que conducía la víctima. Se sentó detrás del chofer y armó la escopeta que "Jonny" le había pasado, mientras éste empezó a hablar fuerte y a insultar al chofer diciéndole que parara porque se trataba de un asalto y que se dirigiera a Punta Mira. En los momentos en que sus amigos pusieron un pie en la calle el chofer aceleró, quedándose sólo en el auto procediendo a disparar en el hombro de éste porque pensó que se dirigía a Carabineros a denunciarlo, saltando inmediatamente del vehículo en movimiento huyendo del lugar, alcanzando a darse cuenta que el chofer quedó herido porque tenía el hombro caído. Calcula, sin señalar distancia que entre el lugar en que los otros dos jóvenes bajaron del vehículo hasta el momento en que disparó, el taxi avanzó siete palos de poste. Luego se fueron a una fiesta y la escopeta la guardaron sus amigos. Estos dichos se encuentran avalados con lo señalado por Luis Enrique Álvarez Christiansen, víctima del delito, quien reconoció al acusado en la Sala de Audiencias como la persona que le disparó. Con los testimonios de Alexis Ramiro Gómez Sasso y Jonny Andrés Campos Ponce de León, quienes señalaron que fue el acusado el que se quedó en el auto cuando ellos descendieron, disparando la escopeta. Y por el Carabinero Jorge Rodrigo Hidalgo Manríquez quien señaló que en la investigación que le correspondió efectuar con el fin de ubicar a los asaltantes, realizó diversos controles de identidad, considerando las características físicas y modus operandi que de los delincuentes le indicó la víctima, dando con la identidad de tres sujetos, uno de apellido Sasso y otros dos apodados el "Paila" y el "Borracho", quienes le reconocieron su participación en el delito, señalando específicamente el acusado que él fue quien disparó la escopeta, en tanto la víctima en su presencia reconoció a los tres sujetos y de inmediato al que disparó y que corresponde a la persona del acusado presente en el juicio.

SEXTO: Que la defensa del imputado sin contradecir de manera sustancial el fundamento fáctico de la acusación, solicitó sin embargo, se rechazara la tesis del Ministerio Público, esto es, la calificación jurídica que hace de estos hechos como constitutivos del tipo complejo contemplado en el N° 1 del artículo 433 del Código del ramo, que sanciona específicamente el delito de robo con violencia cuando con ocasión del robo se cometiere además alguna de las lesiones comprendidas en el n° 1 del artículo 397 del citado cuerpo legal, y se acoja en cambio su petición de estimar tales hechos como un concurso material o real de dos delitos cometidos por su representado: robo con intimidación en grado de tentativa y lesiones graves o gravísimas, o incluso homicidio en grado de frustrado. Es cierto que para robar, se conciertan tres personas subiéndose al taxi conducido por la víctima, sin embargo, en el trayecto dos de ellos se bajan. El chofer arranca, sin percatarse de la presencia del acusado que va en el asiento posterior, detrás del chofer, en este lapso de tiempo se produce el disparo. En consecuencia, se trata de dos conductas distintas. La figura del robo calificado por el cual se ha acusado a su defendido comprende tres momentos: antes del robo, en el momento del robo y después de cometido para favorecer la impunidad del agente. Hay que descartar los dos primeros momentos, sólo resta este tercero: después de cometerlo con el objeto de favorecer la impunidad del hechor. Es decir, debe existir una conexión directa entre el robo y las lesiones. El eje debe ser el robo, la apropiación de una especie mueble ajena "usando de violencia o intimidación en las personas...". Ni los testigos ni la víctima refirieron que el acusado se haya apropiado de cualquier especie mueble ajena. La oración "después de cometido" que usa la ley no dice relación con el iter criminis, esto es, que el delito esté en grado de consumado, sino con la apropiación. Si no hay apropiación, la conducta posterior debe ser sancionada por su propio mérito, quedando subsumida en las lesiones, ya que de otro modo se daría el absurdo que el robo calificado habría quedado en grado de tentativa y las lesiones

en grado de consumado, o el homicidio en grado de frustrado, si este fuera el caso, y si la ley sanciona esta figura calificada como consumada desde que esté en grado de tentativa, debe necesariamente tener un grado de desarrollo consumado, lo que en el caso no sucede. Es importante también el elemento subjetivo, la voluntad, el ánimo y el dolo del sujeto activo. En el caso, el acusado actuó motivado por el susto de ser secuestrado ya que el vehículo no se detenía, su defendido disparó por que se desesperó, quería irse, luego se bajó, el automóvil se detuvo unos metros más allá, tenía todo a su merced, al conductor, al dinero, pero se fue. La exigencia normativa del artículo 433 del Código Penal, no se da en la especie, tanto por la falta de apropiación como por la falta del elemento subjetivo al no haber existido vinculación alguna entre el robo que no se cometió y la violencia para asegurar la impunidad. Navea solo pretendía arrancar del vehículo y no estaba en su mente matar al taxista, admitiendo sin embargo que pudo haber existido dolo eventual, caso en el cual estaríamos en presencia de un homicidio frustrado.

El Tribunal rechazará la petición de esta defensa de sancionar a su representado como autor de dos conductas típicas, esto es, la concurrencia de un concurso material o real de delitos cometidos por un mismo agente, un robo con intimidación en grado de tentativa y un delito del tipo lesiones, sean estas graves o gravísimas, o un homicidio en grado de frustrado, toda vez que son hechos del juicio que tres sujetos se concertaron para "asaltar", se subieron al taxi conducido por la víctima, en el trayecto lo conminaron a detenerse para introducirlo en el portamaletas, ya que su intención precisa era sustraer el vehículo, acción que fue frustrada por el conductor al arrancar, sin percatarse de la presencia del acusado quien le disparó con las consecuencias anotadas para asegurar su impunidad, ya que según sus propios dichos pensaba que el taxista lo llevaría a Carabineros. Es cierto que hay dos conductas diferentes, sin embargo, están íntimamente ligadas entre sí, tanto que la acción de disparar difícilmente hubiere ocurrido sin mediar el robo, en un primer momento con intimidación con arma de fuego, para luego ser absorbida por la figura de robo con lesiones gravísimas, conducta que encuadra en la figura compleja que se ha tenido por acreditada en la forma precedente. El elemento subjetivo representado por el dolo concurre en ambos comportamientos, un dolo directo con respecto al robo, su intención precisa era apropiarse del vehículo, y un dolo eventual respecto de las lesiones gravísimas, representado por el hecho de disparar aún cuando no se tuviera el ánimo de causar las lesiones de la magnitud referida, pero existía el riesgo de que ello ocurriera, ya que el arma era idónea para ello, riesgo que el acusado aceptó con su actuar. Por otra parte, siendo el delito de robo con violencia un ilícito de resultado, acepta todas las formas imperfectas de comisión. En la especie, el hechor puso todo lo que estaba de su parte para lograr la sustracción de una cosa mueble ajena, no logrando su propósito por la acción del conductor al arrancar del lugar. De ahí, que aún cuando las lesiones gravísimas aparecen consumadas, el hecho que la apropiación no se alcanzara, obligan a estimar el delito complejo como frustrado, sin que tal circunstancia gravite en contra de la tipificación de este robo calificado.

En cuanto a las lesiones, expone la defensa que la acusación se remite al artículo 432 en relación al 433 n° 1 del Código Penal, sin aclarar el Ministerio Publico a que hipótesis del articulo 397 n° 1 se refiere. Es un hecho que se produjo una fractura a la altura del hombro derecho, que como consecuencia le ocasionó daño a un nervio que le impide la movilidad del brazo derecho, no así de la mano, y algunos movimientos del brazo, no todos. Que la fractura y el daño del nervio, no le significó la pérdida total de un miembro importante en el sentido de su funcionalidad, sino parcial, en el brazo de un cuarenta por ciento, y según lo señalado por el doctor, con posibilidades de recuperación en un plazo de tres años. La lesión resultante no podría ser encasillada entonces como aquellas que dejan al ofendido "inútil para el trabajo", tesis que este tribunal no comparte atendido lo razonado en el considerando cuarto.

SEXTO: El Ministerio Público considera que perjudican al acusado las circunstancias agravantes de los números 1 y 3 del artículo 456 bis del Código penal, aduciendo que el asalto se realizó en un lugar oscuro, solitario, sin tránsito habitual, lo que buscaron los hechores con el fin de favorecer su impunidad, y que al haber actuado tres sujetos, existió pluralidad de malhechores, circunstancias agravantes de responsabilidad penal que este tribunal desechará en el caso, la primera por cuanto si bien la víctima y los funcionarios de Carabineros señalaron al declarar en la audiencia que el hecho

se cometió en un lugar solitario, en donde la iluminación es escasa porque los jóvenes rompen las luminarias, que el lugar se presta para cometer hechos reñidos con la ley porque además se encuentra entre unos peladeros y cercano a un parque, lo que intentaron demostrar con las fotografías que les exhibió el Fiscal, quedó establecido del mérito de las signadas con los números 5 y 7 exhibidas nuevamente por la defensa al Carabinero Jorge Hidalgo, que el lugar en donde los sujetos obligaron a detener el vehículo, es el que muestra la fotografía n° 5 en la que se observa la intersección de dos calles en cuya esquina existe al parecer un terminal de buses y al fondo de la cuadra un edificio, no así la n° 7 del mismo set, que muestra un lugar despoblado que corresponde a aquel en donde se detuvo finalmente el chofer del taxi una vez herido por el disparo que hizo el acusado, coincidiendo todos los testimonios, incluido el de la víctima, que este último se encuentra a una o a una y cuadra y media de distancia del primer lugar, que además el colectivo nunca salió de su recorrido habitual, de tal manera que no puede pensarse que el ánimo del acusado fue el de procurarse un lugar apartado para cometer el delito, si existía la posibilidad de que pasaran otros colectivos y personas por dicha calle, como realmente sucedió pudiendo ser socorrida la víctima después de ocurrido el hecho, no habiéndose acreditado tampoco que en ese momento estuviera oscuro. En cuanto a la segunda agravante, esto es, la pluralidad de malhechores, se rechaza asimismo, por cuanto se acusó solamente a un sujeto, no obstante que hubo otros dos partícipes que no fueron objeto de esta acusación y por tanto no tienen la calidad de imputado.

Por su parte la defensa invocó a favor de su defendido las atenuantes del artículo 11 n° 6, 7 y 9 del Código Penal, de las que el tribunal acogerá solo la primera, por encontrase acreditada con su extracto de filiación incorporado por la Fiscalía como medio de prueba, mediante su lectura, el que no contiene anotaciones pretéritas, sin que pueda alterar en forma alguna la credibilidad de este tribunal, el hecho de existir respecto del acusado, dos causas de medida de protección emanadas del Juzgado de Menores de esta ciudad, también incorporadas por el Ministerio Público, como pretendió éste, ya que no se trata de causas criminales, avalada esta conclusión con los testimonios de Marta Morgado y Claudio Aguilera Echevari, quienes conocieron al acusado como una persona tranquila y sin problemas con la justicia.

Estima este tribunal que no le favorece en cambio, la minorante del n° 7 antes reseñada, argüida por la defensa, por cuanto al haberse calificado los hechos como un solo delito de robo con violencia calificado, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 450 bis del Código Penal, no procede considerar dicha atenuante. Y se rechazará asimismo la atenuante del n° 9 del mismo cuerpo legal, invocada por la defensa en su alegato de clausura, la que a su juicio procedería por cuanto el acusado habría confesado su delito ante la Policía, proporcionando los antecedentes necesarios para encontrar el arma utilizada en el hecho, especificando la actuación que a cada uno de los sujetos les correspondió, aún antes de la existencia legal de dicha minorante, es decir, sin siquiera pensar en procurarse un beneficio legal, por cuanto el tribunal estima que como bien lo señaló el Ministerio Público, fue la Policía quien por las señas y modus operandi que entregó la víctima de los antisociales, logró ubicar entre otros al acusado, por lo que sus tardíos aportes no pueden calificarse como sustanciales en el esclarecimiento de los hechos.

SÉPTIMO: Que el testimonio de la perito Marcela Moraga Ledesma resulta irrelevante, por cuanto la imputabilidad del acusado no fue materia de contradicción en el juicio y la pretensión de la defensa que se aprecia en el estilo del interrogatorio que efectúa a la perito, también presentada por su parte, dirigido a demostrar la débil personalidad del acusado, que sigue al grupo, se deja dominar, es influenciable y pasivo, así como la necesidad de contar con un grupo familiar que lo apoye y oriente a buenas conductas, siendo factible su rehabilitación del alcohol y drogas, apoyo que su padre Raúl Navea Cruz señaló estar dispuesto a brindarle, según su testimonio prestado en el juicio, en nada alteran la decisión del tribunal, toda vez que dicha pericia habría sido útil de haber tenido éste la alternativa de concederle algún beneficio de cumplimiento de la pena en el medio libre, lo que atendida la cuantía de la pena a imponer, no es posible, en igual situación se encuentra el informe presentencial incorporado por su lectura. Asimismo no se emite pronunciamiento acerca del informe pericial n° 198 de Labocar, por no haberse controvertido en el juicio el estado y características que presentaba el vehículo conducido por la víctima

en el momento de los hechos. Por su parte el croquis del sitio del suceso y desplazamientos elaborado por la sección de investigación delictual de Carabineros, ilustró al tribunal acerca del recorrido del vehículo antes referido, al que se ha hecho alusión anteriormente. Por último, la certificación de la consignación en dinero efectuado por el imputado ante el Juzgado de Garantía, no se considera al haberse desechado por motivos legales, la atenuante de reparación celosa del mal causado.

OCTAVO: Que según se desprende del certificado de nacimiento del acusado, incorporado por la Fiscalía, a la época de comisión del delito éste tenia dieciséis años de edad, y habiendo declarado el Juzgado de Menores de esta ciudad, que obró con discernimiento en el delito por el que se le acusa, según consta del documento acompañado por el Ministerio Público, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 72 del Código Penal, se le impondrá la pena inferior en grado al mínimo de los señalados en la ley para el delito de que es responsable.

NOVENO: Que no perjudican al acusado agravantes de responsabilidad penal y le beneficia una atenuante, por lo que al sentenciar se estará a lo dispuesto en el artículo 68 inciso 2° del Código Penal, imponiéndose la pena en su mínimo.

Y vistos además lo dispuesto en los artículos 1, 11 n° 6, 14 n° 1, 15 n° 1, 18, 24, 28, 68, 72, 432, 433 n° 1 y 450 inciso 1° del Código Penal; artículos 295, 296, 297, 325 y sgtes, 340, 341, 342, 343 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

I. Que se condena al acusado **RAUL MAURICIO NAVEA PÉREZ**, ya individualizado, a sufrir la pena de **CINCO AÑOS Y UN DIA** de presidio mayor en su grado mínimo, a las accesorias legales de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de robo con violencia calificado, en la persona de Luis Enrique Álvarez Christiansen, ocurrido el día 29 de Septiembre de 2001 en la comuna de Coquimbo.

II- La pena impuesta al sentenciado se le empezará a contar desde el 10 de Abril de 2002, fecha desde la cual permanece ininterrumpidamente privado de libertad, según se desprende del auto de apertura de juicio oral.

III- Que atendida la cuantía de la pena impuesta al sentenciado, no se le concede beneficio alguno de cumplimiento alternativo de la pena, debiendo cumplirla efectivamente.

IV- Devuélvase la evidencia material a la Fiscalía.

Redactada por la juez doña María del Rosario Lavín Valdés.

Rol n° 45- 2002

Dictada por los jueces del tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, doña María Cruz Fierro Reyes, don Nicanor Alberto Salas Salas y doña María del Rosario Lavín Valdés.

CERTIFICO : Que con fecha de hoy se llevó a cabo la audiencia de lectura de sentencia de la causa rol N° 45-2002 "Fiscalía de Coquimbo contra Raúl Navea Pérez" audiencia presidida por la Magistrado María Cruz Fierro Reyes e integrada por los jueces Nicanor Alberto Salas Salas y María del Rosario Lavín Valdés" LA SERENA, veinte de diciembre de dos mil dos.

- **Condena al acusado a la pena de cinco días de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, y al pago de las costas de la causa como autor del delito de quebrantamiento de condena.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de quebrantamiento de condena. La Defensa solicitó su absolución por atentar contra el principio de la oportunidad; por tener la pena solicitada el carácter de accesoria, y por ser el artículo 90 del Código Penal una ley penal en blanco. El Tribunal desestimó las alegaciones de la Defensa y consideró configurado el delito por el cual se acusó. Respecto del principio de la oportunidad estableció que es al Ministerio Público a quien compete determinar tanto la forma como la oportunidad del ejercicio de la acción penal. En cuanto a las dos restantes alegaciones, argumentó que se trata de un ilícito específico que contempla un hecho nuevo e independiente con una sanción que adquiere para esta infracción el carácter de pena.

Texto completo:

Calama treinta de abril del año dos mil tres.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, ante este Tribunal de Juicio Oral de la ciudad de Calama, integrada por los Jueces Doña IRMA TAPIA VALDES, Doña CARLA TRONCOSO BUSTAMANTE, y Don JAIME MEDINA JARA, se llevó a efecto con fecha 26 de abril del año 2003 la audiencia de juicio oral relativa a los autos rol N°0100088356-1, por el delito de quebrantamiento de condena, en contra de **JOSE ALEJANDRO AGUIRRE SAAVEDRA,** Chileno, sin oficio, mayor de edad, cédula de identidad N° 14.907.651-4 domiciliado en Centro de Detención Preventiva de la ciudad de Tocopilla, con anotaciones penales pretéritas, causa rol 2458-1999 del Tercer Juzgado del Crimen de Calama, condenado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, como autor del delito de Robo con Intimidación.

Representó al Ministerio Público don LUIS VACCA SORIA y don CLAUDIO RIOBO LOYOLA ambos abogados, domiciliados en Granaderos 2205 Calama. La defensa estuvo a cargo de los profesionales OSVALDO VALENZUELA CONTRERAS, y FERNANDO MARDONES VARGAS, ambos Abogados defensores público con domicilio en Latorre 1760 Segundo piso, Calama.

SEGUNDO: Que, los hechos materia de la acusación según el auto de apertura de Juicio Oral, tuvieron lugar en atención a que el día 24 de diciembre del 2001, don Juan Alarcón Águila Alcaide Mayor Centro de Detención Preventiva de Calama, informa según ordinario Nº 02-01-02 1.724/01, que el condenado José Alejandro Aguirre Saavedra, no retorna a su recogida nocturna el día 23 de diciembre del 2001 a las 22:00 horas, ya que se encontraba gozando del beneficio de salida dominical. Este beneficio le había sido otorgado por resolución del Consejo Técnico de la Unidad Penal en el mes de Diciembre del 2001. De este mismo hecho se dio cuenta a la Fiscalía Local con fecha 24 de diciembre del 2001.

El acusado se encontraba cumpliendo condena por el delito de robo con intimidación, en causa que se substanció ante el 3º Juzgado del Crimen de Calama, Rol Nº 2.458-3, en la cual se le condenó a la pena de 5 años 1 día. La fecha de inicio de ésta es el 5 de Junio de 1999 y la fecha de cumplimiento de la misma es el 6 de Junio del 2004, concediéndosele el beneficio intra penitenciario de la salida dominical cuando le restaban por cumplir 896 días. El día 16 de agosto del 2002 aproximadamente a las 06:00 horas, en circunstancias de que el acusado ya individualizado es ingresado al Hospital Carlos Cisternas de Calama, en atención a que sufrió una agresión con arma corto punzante y se efectúa la denuncia a Carabineros, éstos constatan que éste registraba una denuncia por quebrantamiento de condena, procediendo a la detención del mismo.

TERCERO: Que**,** la defensa del acusado en su alegato de apertura y clausura ha señalado y solicitado al Tribunal, la absolución de este, fundado en las siguientes consideraciones:

a) Que atendida la naturaleza de la pena solicitada por la fiscalía, se estaría en presencia de un delito pequeño, frente al cual ésta debió haber ejercido el principio de oportunidad, conducta que según sus dichos, atenta contra los principios que inspiran la Reforma Procesal Penal

b) Que corresponde absolver al acusado, atendida la circunstancia, de que la pena solicitada tiene el carácter de accesoria, habiéndose omitido la pena principal.

c) Por tratarse el artículo 90 del Código Penal, de una ley penal en blanco, por lo que se infringe el principio de igualdad, legalidad y supremacía constitucional.

d) Por encontrarse el artículo 90 tácitamente derogado, por la aplicación de los numerales 2° y 6° del artículo 5° del Pacto de San José de Costa Rica.

e) Por tratarse el artículo 90 de una disposición inconstitucional.

f) Por beneficiar al acusado la eximente de responsabilidad criminal, contemplada en el artículo 10 N° 9, del Código Penal;

CUARTO: Que, en este Juicio, el Ministerio Público para acreditar el hecho punible hizo comparecer a estrados, al testigo Sr. Juan Alarcón Aguila, Alcaide Primero del Centro de Detención Preventivo de Calama, quién señaló que el día 23 de diciembre de 2001, a eso de las 23:30 horas, le fue comunicado por el personal de guardia de la unidad, que el interno José Alejandro Aguirre Saavedra, no se había presentado al penal, a las 22:00 hrs. de dicho día, mismo que gozaba del beneficio de salida dominical, que le fuera conferido con fecha 30 de septiembre del mismo año. Ante ello dió instrucciones a los funcionarios de guardia, para que le dieran cuenta del hecho por intermedio de oficio, documento que fue incorporado a la audiencia por la fiscalía, como evidencia, que recoge los hechos ya reseñados, encontrándose suscrito por los funcionarios Francisco Mena Chávez, Jefe Operativo, y Alejandro Tapia Romero, Suboficial de Guardia, signado con el número 02.01.02/198. Agrega el testigo que dio cuenta del hecho al Ministerio Público el día 24 del ya referido mes y año, indicando además que el acusado cumplía una condena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, cumplimiento que había dado inicio el día 05 de junio de 1999, y que la fecha de cumplimiento de la misma es el 06 de Junio del año 2004, teniendo pendiente al día 23 de diciembre del año 2001, 896 días de la condena anterior. Asimismo la fiscalía hizo comparecer a estrados al testigo Cristian Rojas Valenzuela, Cabo 2° de Carabineros, quién declaró, que el día 16 de agosto del 2002, procedió a la detención del acusado José Alejandro Aguirre Saavedra, al interior del Hospital Carlos Cisternas de esta ciudad, por haber ingresado éste a dicho nosocomio herido y que al averiguar su identidad, se percató que tenía éste, pendiente una orden de detención por Quebrantamiento de Condena, hecho del cual dio cuenta al Fiscal de turno, Sr. Claudio Riobó Loyola, el que le ordenó se le mantuviera en calidad de detenido.

QUINTO: Que, el objeto del presente Juicio Oral consiste en determinar en primer lugar la existencia del ilícito de Quebrantamiento de Condena, previsto y sancionado en el artículo 90 N° 1 del Código Penal, y en segundo lugar la participación que en el, le ha correspondido al acusado.

SEXTO: Que, fue objeto de convención probatoria, que el acusado registra condena en causa Rol N° 2458/1999 la cual fue dictada por el Tercer Juzgado del Crimen de Calama, condenado a la pena de 5 años y un día, de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales, como autor del delito de robo con intimidación, la que se encuentra ejecutoriada, iniciando condena el 05 de junio de 1999, cumpliendo la misma el 06 de junio de 2004.

SÉPTIMO: Que, los elementos del tipo penal del delito de Quebrantamiento de Condena, se encuentran acreditados con las pruebas rendidas por la fiscalía, y reseñadas en el basamento cuarto que precede la convención probatoria acordada por las partes, probanzas que dan cuenta de:

a.- La existencia de una sentencia penal ejecutoriada privativa de libertad, en contra del acusado;

b.- El acusado condenado por esta, se encontraba haciendo uso de un beneficio intrapenitenciario, consistente en salida dominical, el día 23 de diciembre de 1999

c.- El acusado no cumplió con la obligación implícita de retornar al Recinto Penal, en los horarios que señala el Reglamento al efecto.

Que los hechos reseñados dan cuenta que un tercero condenado por un delito privativo de libertad por sentencia ejecutoriada se encontraba haciendo uso del beneficio de salida dominical, no retornó al Establecimiento Penitenciario, encontrándose obligado a ello, hecho que tipifica el delito de Quebrantamiento de Condena, previsto y sancionado en el Artículo 90 N° 1 del Código Penal.

OCTAVO: Que, el acusado renunciando a su derecho a guardar silencio, compareció a estrados, a fin de declarar voluntariamente en el presente juicio, quién señaló que efectivamente quebrantó el beneficio que le fuera concedido; por la necesidad que tuvo de trabajar por la muerte de su abuela, ya que debió ayudar a solventar los gastos de manutención de su madre y hermanos, y que al efecto se desempeñó bajo contrato de trabajo en la ciudad de Tocopilla.

NOVENO: Que, la defensa a fin de acreditar los dichos del acusado, rindió la prueba testimonial de don José Aguirre Riveros, padre del acusado, quién indicó desempeñarse como subcontratista arenador en la ciudad de Tocopilla, y haberle dado trabajo a su hijo, en dicha localidad.

DECIMO: Que, el Tribunal rechazará la exculpación del acusado, por no haberse acreditado en el juicio los elementos fácticos en que se funda, a saber: certificado de defunción de la abuela, contrato escrito de trabajo, liquidaciones de remuneraciones, cotizaciones previsionales.

Que de este modo la participación del acusado en el delito objeto de la acusación, ha quedado plenamente acreditada, en calidad de autor del mismo, conforme lo señala el artículo 15 N° 1 del Código Penal.

UNDECIMO: El Tribunal**,** como cuestión previa, debe dejar asentada la filosofía en la que se insertan las actividades y acciones para la reinserción social de los internos rematados contemplados en los artículos 92 y siguientes del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (D.S. 518/98 de Justicia), ellas dan cuenta de la adopción en esta materia del sistema progresivo ó irlandés, cuya idea fundamental se funda en que el condenado pasa por diversas etapas en el cumplimiento de la pena, en las cuales su régimen de vida va siendo cada vez más benigno y el paso de una a otra depende de su buen comportamiento y otros rasgos favorables del penado que se miden a través de un sistema de puntajes o calificaciones.

El artículo 96 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (R. E. P.), contempla, la fase intermedia del sistema, ya que su etapa final, está constituida por la libertad condicional, establecida por ley separada y con reglamento propio. El citado artículo del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (R. E. P.)contempla como beneficios:

a. La salida esporádica;
b. La salida dominical;
c. La salida de fin de semana; y
d. La salida controlada al medio libre.

Se señala expresamente que "los permisos mencionados, ordenados según la extensión de la salida, se inspiran en el carácter progresivo del proceso de reinserción social y se concederán de modo que, sólo el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones que impone el uso provechoso del que se conceda, permitirá postular al siguiente.

El artículo 103 del R. E. P., establece el beneficio de la salida dominical, indicándose que: "los internos condenados, previo informe favorable del Consejo Técnico del respectivo establecimiento penitenciario y a partir de los doce meses anteriores al día que cumplan el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional, podrán solicitar autorización al Alcaide para salir del establecimiento, los días domingos, sin custodia, por un período de hasta 15 horas por cada salida".

El artículo 111, del R. E. P., contempla la hipótesis del interno que quebranta, o voluntariamente haya dejado de cumplir su condena, evento en el cual dispone "que deberán cumplir a lo menos, un tercio del saldo insoluto de la condena quebrantada antes de poder postular nuevamente a los beneficios". Y solo el artículo 113 del referido reglamento contempla la revocación de los beneficios señalados en el artículo 96 del mismo y solo para el evento, que "los internos ingresen o reingresen al establecimiento en calidad de detenidos, procesados o condenados por nuevo delito, cometido mientras hacían uso de alguno de los beneficios del artículo 96, le será revocado el permiso del que gozaban". Agregando "Estos internos deberán cumplir, efectivamente privados de libertad, la totalidad del saldo de la condena que

cumplían cuando se les concedió el permiso de que gozaban, sin que puedan acceder a nuevos permisos de salida".

Las primeras fundamentaciones de la defensa han estado orientadas a:

1.- Acreditar la difícil obtención del beneficio de que gozaba el acusado.

2.- La imposibilidad de volver a obtenerlo, luego de quebrantado éste.

Respecto de la primera observación, debe señalarse que los requisitos exigidos por el artículo 110 del R. E. P., aparecen adecuados al propósito de reinserción social del condenado, que se intenta lograr, el que pasa por un real arrepentimiento del hecho delictual cometido por parte del condenado y por la demostración objetiva de un ánimo de rectificar conductas futuras.

Al punto, es útil señalar que para la sociedad, que ha padecido la conducta antisocial del condenado, le aparecía inexplicable, que cualquiera obtuviera el beneficio sin más trámite, ya que ello tendría socialmente una doble significación: La primera, las sanciones penales quedarían sin cumplimiento; y, la segunda, aparecería la institución llamada por la ley, a tener políticas de reinserción social respecto de los condenados a su cargo, renunciando a las mismas, dado que, si bien se miran los requisitos exigidos al condenado en el artículo 110 del R. E. P., ellos apuntan al cumplimiento de conductas de integración social de los condenados, expresados a través de los medios idóneos puestos al servicio de ellos por la sociedad.

En cuanto, al segundo argumento dado por la defensa, ello como se ha expresado no es así, la revocación de dicho beneficio solo procede en el presupuesto contemplado en el artículo 12 N° 14 del Código Penal, evento en el cual el condenado debe cumplir efectivamente la sentencia quebrantada, cumplir la sentencia por el quebrantamiento y la nueva condena, respecto de la cual tiene el derecho a impetrar los beneficios intrapenitenciarios ya indicados.

DUODECIMO : La defensa, ha referido además que la fiscalía al derivar el hecho denunciado a juicio oral, ha faltado a sus obligaciones y deberes que la ley le impone, dado que a su juicio, debió ésta ejercer el principio de oportunidad, por estarle vedado, según el criterio que tuvo el legislador, emplear el juicio oral, para delitos pequeños. Por su parte la fiscalía indicó, que al acusado se le ofreció como salida alternativa, un juicio abreviado, cuestión que desechó, y optó libremente en uso de sus derechos, por el Juicio Oral, el que constituye el paradigma de la Reforma Procesal Penal, en cuanto a velar por el irrestricto respeto a sus derechos.

El Tribunal, atento a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico general del Estado, debe señalar que no le corresponde pronunciarse sobre la forma como el Ministerio Público ejerce sus facultades constitucionales de persecución penal, las que le son exclusivas teniendo, de acuerdo a la Carta Fundamental, el monopolio de la misma. Solo debe señalar, que este Tribunal, se pronunció con anterioridad y en forma previa a conocer de él, acerca de su competencia, frente a la solicitud en contrario formulada por la defensa, a objeto de que se abstuviera de conocer del mismo por estimar que, atendida la pena impuesta al delito, le era aplicable al mismo, el procedimiento simplificado por parte del Juez de Garantía, cuestión que desechó.

DECIMO TERCERO: Que, el Tribunal haciéndose cargo de los argumentos de la defensa, debe señalar además que ésta ha solicitado la no aplicación de los Artículos 22 y 90 del Código Penal, por encontrarse tácitamente derogados, por la aplicación a su respecto de lo contemplado en el Artículo 5° de la Constitución Política del Estado, en relación a los numerales 2° y 6° del artículo 5° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la que indica en el primer numeral citado, que nadie debe ser sometido a tortura, ni a pena o tratos crueles, inhumanos, o degradantes, agregando que toda persona privada de libertad será tratada con respeto inherente a la dignidad del ser humano, y señalando en el numeral 6° que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial, la reforma y la readaptación social de los condenados. Ha indicado al efecto que los artículos 22 y 90 del Código Punitivo, que sancionan este tipo penal, fueron modificadas la última vez el año 1970, y para efecto de eliminar la pena de cadenas o grilletes; por lo que el artículo 90 del citado código, es una reminiscencia medieval, más que un concepto.

Al punto el Tribunal debe precisar, que la pena de incomunicación no se encuentra contemplada en el artículo 22 del Código Penal, sino que en el artículo 21, del cuerpo de leyes precitado modificado en el año 1970 por la ley

17.266, en el sentido de suprimirle a éste la pena accesoria de cadenas o grilletes, que en este se consignaba; ahora bien no es efectivo lo que afirma la defensa, en que ésta sea la última modificación legal experimentado por el mismo, ya que en virtud del artículo 4° N° 1, de la ley 19.047 de 1991, fue modificado en el sentido, que suprimió como pena accesoria de los crímenes y simple delito, la celda de castigo, que este disponía.

Ahora bien, debe precisarse que la única modificación que registra el artículo 22 del Código Penal, no es del año 1.970, sino que del año 1991, por medio del artículo 4° N° 2, de la ley 19.047, que suprimió la palabra "también".

En lo que respecta al artículo 90, se debe señalar que es efectivo que fue modificado el año 1.970, empero no como lo señala la defensa en un doble sentido, ya que no es la última modificación experimentada por dicha norma, sino que su última modificación corresponde al año 1.991, y se debe señalar que jamás el articulo 90 N° 1 del Código Penal ha contemplado la pena de cadena o grillete como lo desliza la defensoría, ya que la modificación de 1970, a que se hace referencia, modificó por medio de la ley 17.266 el artículo 90 el plazo máximo que contemplaba la aplicación de la pena de incomunicación, restringiéndola de un año a seis meses, y la última modificación que registra la norma en comento fue introducida por el artículo 5° letra a), de la ley 19.047, que restringió aún más dicho plazo de incomunicación, de 180 días a tres meses, y la letra b), del artículo 5°, de la ley señalada que modificó el numeral 2° del artículo 90, sustituyendo la frase "serán encerrados en celda solitaria", por "sufrirán la pena de incomunicación con personas extrañas al resto del establecimiento penal".

Por lo que de la sola lectura de las modificaciones señaladas, se concluye que estas han recogido el mandato del Pacto de San José de Costa Rica, toda vez que han suprimido las penas accesorias de cadena o grilletes y de encierro en celda solitaria; y en relación a la incomunicación con personas ajenas al establecimiento penal, esto es, visitas; ha restringido la duración de la misma en el tiempo; por lo dicho, la pena que contempla, no es una pena restrictiva de la libertad del condenado, sino que más bien afecta a un derecho, y la pena que se le impone es una pena distinta a la que debe cumplir privado de libertad, respecto de lo cual se han cumplido todas y cada una de las exigencias del debido proceso, por lo que se rechaza la solicitud efectuada a este punto por la defensa.

DECIMO CUARTO: Que, del mismo modo el Tribunal haciéndose cargo de los argumentos vertidos por la defensa relativos a los siguientes conceptos: que el artículo 90 sería una ley penal en blanco, toda vez que sería el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, el encargado de la ejecución de la pena que contempla; y que además dado el carácter accesorio de la misma sería inaplicable por no señalar la pena principal. Se debe indicar que los argumentos carecen de fundamento, ya que lo que se sanciona es un hecho nuevo e independiente, el que no agrava la condena anterior, y que si bien está contemplada en el artículo 21 como pena accesoria de los crímenes y simples delitos, ello no tiene el alcance que la defensoría le da. Etcheverry en su obra de derecho penal, Tomo I, señala, "el texto legal (del artículo 21) añade de conformidad al Reglamento Carcelario (hoy R. E. P.), falta con lo que da a entender que se trataría de una medida disciplinaria, ya que no la impondría el Tribunal en la sentencia de conformidad a la ley, sino la autoridad penitenciaria conforme al Reglamento, después de dictada la sentencia y durante el cumplimiento". Agrega que de otra parte, el artículo 80 incisos 3° y 4°, la contemplan como uno de los dos castigos disciplinarios que la ley autoriza a imponer en los reglamentos y aunque para repetir tales medidas obliga a la intervención del juez, esta no tiene el carácter propiamente jurisdiccional, sino tutelar de la seguridad e integridad del detenido. Concluye "no obstante, el Código impone tal sanción en carácter de pena y no accesoria, sino principal en el artículo 90, por el delito de quebrantamiento de condena, que es una infracción específica, cuando la condena quebrantada sea la de presidio, reclusión o prisión, de las cuales, las dos primeras pueden serlo por crímenes o simples delitos y la última de faltas".

De lo analizado precedentemente, se advierte que las alegaciones formuladas por la defensa, carecen de asidero legal, por lo que se le rechazan.

DECIMO QUINTO: Que la defensa también ha solicitado la absolución de su representado fundado en que su conducta por la cual se formula el reproche, no sería antijurídica y sería ininculpable, y ha alegado al mismo tiempo la

causal de eximente de responsabilidad criminal contemplada en el artículo 10 N° 9 del Código Penal.

El Tribunal rechazará las peticiones que formula la defensa, en primer lugar, porque el accionar en que ha incurrido el acusado es contrario a derecho, no concurriendo a su respecto ninguna de las causales de justificación que excluyan dicho elemento. Del mismo modo debe señalarse, que la acción del acusado, es culpable, existe un juicio de reproche exigido por el legislador, no existiendo a su respecto ninguna causal de inimputabilidad y los fundamentos de hecho que esgrime la defensa para fundarla, son inconsistentes a juicio del Tribunal. Toda vez que para acreditar la concurrencia de la causal de eximente de responsabilidad penal contemplado en el artículo 10 N° 9 del Código Penal, ha indicado que por tratarse de un ser humano en los cuales concurren motivaciones tanto para delinquir, también concurren para exculparles, respecto del reproche penal, siéndole inexigible la conducta a una persona que se encuentra gozando de un beneficio intrapenitenciario abonando a su dicho, las estadísticas, ya que el beneficio concedido en la ciudad de Antofagasta, solo alcanza a un 5.1% de la población penal y el quebrantamiento de condena es dentro del catálogo de delitos, el séptimo de mayor ocurrencia en el país, lo que explica en el caso del acusado, su actitud de no retorno, ya que habiendo estado privado de libertad, antes de gozar del beneficio durante 30 meses, actuó sobre su autodeterminación una fuerza irresistible, no física, sino que moral, la que le impidió reintegrarse. Entiende la defensa que haber estado privado de libertad por 30 meses, después de haber luchado por cumplir con los requisitos de buena conducta exigidos en el reglamento penitenciario, el acusado no vuelve a sabiendas que no va a gozar de otro beneficio.

Que el Tribunal desechará, como ya expresó esta petición, porque a su juicio no concurren respecto del acusado, los requisitos legales para acogerla, coincidiendo con la fiscalía en el sentido de que no se encuentra acreditado a nivel local, que los condenados a quienes se les ha concedido este beneficio, en su mayoría no retornen al establecimiento penitenciario, que se los concedió siendo los que quebrantan el beneficio la excepción, y no concurrir respecto del acusado el miedo denunciado de no querer volver al establecimiento, a sabiendas que por haber quebrantado el beneficio no se le va a volver a conferir, ya que de acuerdo a lo señalado en el basamento undecimo que antecede, ello no es así. En consecuencia la defensa no ha logrado acreditar los elementos empíricos que la acreditan.

Debiendo señalarse ademas que el artículo 90 del Código Penal establece, una determinada conducta y le asigna determinadas sanciones, señalándose expresamente en el inciso primero: que los sentenciados “serán castigados con las penas que respectivamente se designan”, y el propio legislador denomina, penas, a la privaciones y ó restricciones de bienes jurídicos personalísimos, que han de sufrir quienes incurrieron en la conducta prohibida y tal como lo señalan los profesores Politoff y Ortiz, en su obra Texto y Comentario del Código Penal Chileno Tomo I, en tal virtud “Parece difícil insistir que no se está frente a un delito específico”.

Y, visto lo dispuesto en los artículos 1, 10 N°9, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 26 y 90 N°1 del Código Penal, artículos 47, 295, 296, 297, 325 y siguientes, 340, 341, 342, 346, 348 del Código Procesal Penal, ley 17.266; ley 19047, se declara:

UNO : Se condena a José Alejandro Aguirre Saavedra, ya individualizado a la pena de Cinco días de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal; durante dicho lapso, estará sujeto al más estricto régimen interno, y al pago de las costas de la causa, por su responsabilidad como autor del delito de Quebrantamiento de Condena, previsto y sancionado en el artículo 90 N° 1 del Código Penal, perpetrado en esta ciudad, el día 23 de diciembre del 2001.

DOS: El sentenciado José Alejandro Aguirre Saavedra, deberá cumplir efectivamente el saldo de la pena que le fuera impuesta en causa Rol 2458/1999, del Tercer Juzgado del Crimen de Calama, esto es, 896 días (ochocientos noventa y seis días).

TRES: Ejecutoriada la presente sentencia dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República, Servicio Electoral, Servicio de Registro Civil e Identificación y al Centro de Reinserción Social dependiente de Gendarmería de Chile de Tocopilla y Calama, a quienes se le deberá adjuntar copia de esta

sentencia con el atestado de encontrarse ejecutoriada.

Redactada por el Juez JAIME MEDINA JARA.

Regístrese, comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Calama para su cumplimiento, hecho archívese.

Pronunciada por los Jueces Titulares del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama Don JAIME MEDINA JARA y Doña IRMA TAPIA VALDES y Doña CARLA TRONCOSO BUSTAMANTE, Juez del Tribunal de Juicio Oral de Antofagasta, quién subroga legalmente y no firma la presente sentencia por encontrarse ausente, no obstante haber concurrido al acuerdo, en conformidad a lo prevenido por el artículo 37 del Código Procesal Penal.

- **Condena al acusado a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo con fuerza en las cosas de especies situadas en bienes nacionales de uso público.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de robo con fuerza en las cosas de especies situadas en bienes nacionales de uso público. Alegó, además, la agravante del artículo 456 bis número 3 del Código Penal. La Defensa solicitó la absolución, en especial porque los testigos señalaron como día de ocurrencia de los hechos uno distinto del referido en la acusación, lo que infringiría el principio de congruencia. En subsidio, alegó la atenuante del artículo 11 número 6 del Código Penal y el rechazo de la agravante alegada por la Fiscalía, por cuanto el juicio se siguió sólo contra un imputado. El Tribunal estimó que se había acreditado tanto la comisión del delito, como la participación. Respecto de las alegaciones de la Defensa, las rechazó en virtud de considerar que la diferencia en la fecha no fue más que un error en una cuestión accesoria. Argumentó que el principio de congruencia es una manifestación del derecho a defensa, por cuanto lo que busca es que la imputación esté conformada por los hechos que fueron objeto de la investigación. En el caso concreto, el imputado conoció los hechos al menos desde la audiencia de formalización, siendo justamente sobre esos hechos que se dictó una sentencia condenatoria. De ello se concluye que el error no afectó su derecho a defensa, especialmente por cuanto tuvo la oportunidad efectiva de desvirtuar la prueba de cargo. El Tribunal afirmó que el principio de correlación no supone un establecimiento idéntico, debiéndose distinguir entre hechos esenciales, circunstancias penalmente relevantes, de aquellos que no lo son. Finalmente, de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, acogió la agravante invocada por el Ministerio Público, en atención a que el otro hechor fue condenando en un procedimiento abreviado celebrado con anterioridad, y rechazó la atenuante alegada por la Defensa, por cuanto había sido condenado con anterioridad, siendo irrelevante que lo hubiera sido por un hecho ocurrido hace más de diez años.

Texto completo:

Antofagasta, veinte de mayo del año dos mil tres.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha quince del presente mes y año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por la juez Presidente de la Sala Myriam Urbina Perán y los jueces Virginia Soublette Miranda y Dinko Franulic Cetinic, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rol único 0200092876-6, rol interno del tribunal N° 30-2.003, seguida en contra de **WILLIAM OMAR DENIS IBÁÑEZ**, cédula nacional de identidad N° 10.658.558-K, chileno, buzo mariscador, 36 años, domiciliado en calle Carlos Pérez Bretti N° 8958 de Antofagasta, con antecedentes anteriores.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el Fiscal adjunto señor Patricio Martínez Felip, domiciliado en calle Condell N° 2235, de Antofagasta.

La defensa del imputado estuvo a cargo de la Defensora Penal Pública señorita Cristina Gallegos Orellana, con domicilio en calle Balmaceda N° 2536, Piso 3°, Antofagasta.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público, al deducir acusación en contra del acusado, según se lee en el auto de apertura de juicio oral, la fundó en que el día 30 de Julio de 2002, aproximadamente a las 04:30 hrs., el acusado, en compañía de otros individuos, rompieron la ventana delantera derecha del vehículo marca Volkswagen, color rojo, modelo escarabajo, patente FB-6134 de propiedad de don Alfredo Carlos Ramírez Rivas, quien lo había dejado estacionado afuera de su domicilio, en la vía pública, frente al Nº 154 de calle Chacalluta. Una vez en el interior forzaron la chapa de contacto del citado móvil, cortaron los cables del contacto y se trasladaron en el vehículo por calle Chacalluta hacia el poniente hasta la Avenida Pérez Zujovic, lugar en

el que fueron interceptados por Carabineros que, casualmente, realizaba un patrullaje en el sector, intentando darse a la fuga, siendo detenidos.

La Fiscalía expresó que los hechos descritos son constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas, de especies situadas en bienes nacionales de uso público, en carácter de consumado, previsto y sancionado en el artículo 443 con relación al artículo 432, ambos del Código Penal, atribuyendo al acusado participación en calidad de autor.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, el Ministerio Público señaló que no concurren minorantes y que perjudica al acusado la agravante de pluralidad de malhechores, prevista en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, por lo que solicitó que se le sancionara con la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.

TERCERO: Que la defensa, en su alegato de clausura, pidió la absolución de su defendido, teniendo como fundamento que no existen antecedentes para dar por acreditada su participación en el ilícito cometido el 30 de julio de 2002 por el cual fue acusado. Señaló que por el contrario, en la medida que los testigos hablaron de hechos acaecidos el día 2 de agosto, de ser condenado se estaría vulnerando el principio de congruencia.

En forma subsidiaria alegó que concurre en beneficio del acusado la circunstancia atenuante de irreprochable conducta anterior, por cuanto la anotación que aparece en su extracto de filiación y antecedentes puede ser producto de un error y, para el caso de ser considerada, atendido el tiempo transcurrido –casi diez años- dicha anotación no puede ser tomada en cuenta para los efectos de la atenuante invocada.

Manifestó, además, que no resulta aplicable en el juicio la presunción de autoría establecida en el artículo 454 de Código Penal.

Por último, señaló que no concurre la agravante de pluralidad de malhechores contemplada en el artículo 456 bis N°3 del Código Penal alegada por el Ministerio Público, por cuanto en este juicio se acusó a una sola persona por un supuesto delito de robo en bienes nacionales de uso público.

El acusado hizo uso a su derecho a guardar silencio.

CUARTO: Que el delito de robo de especie en bienes nacionales de uso público se configura por la apropiación de especies muebles ajenas con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, en la medida que las mismas se encuentren sobre una extensión de terreno no delimitada y siempre que se proceda –en la modalidad imputada en el presente caso- mediante fractura de vidrios u otros dispositivos de protección.

QUINTO: Que, en primer término, debe señalarse que se estableció que la especie sustraída -el vehículo- se encontraba en una calle, esto es, un bien nacional de uso público, con el testimonio del afectado Alfredo Carlos Ramírez Rivas, quien señaló que el hecho se produjo afuera de su domicilio, al costado de la reja de la casa, lugar donde se encontraba estacionado.

Su relato fue corroborado por la testigo Zoila Luz Ramírez Rivas, hermana del ofendido, en cuanto señaló también que el vehículo de propiedad de su hermano que fue sustraído se encontraba estacionado en la vía pública, afuera de la casa y a un costado de la reja.

SEXTO: Que la apropiación de especie mueble ajena, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, se acreditó con la prueba rendida en el juicio por la Fiscalía. Es así como el ofendido Alfredo Carlos Ramírez Rivas manifestó que a principios del mes de Agosto del año 2002, se encontraba haciendo uso de sus vacaciones en la ciudad de La Serena y recibió un llamado telefónico de una hermana comunicándole que su auto marca Volkswagen, color rojo, modelo 113 1300, del año 1983, había sido robado. Cuando regresó de su viaje, el vehículo se encontraba nuevamente frente a su domicilio.

El testigo reconoció el documento exhibido e incorporado en la audiencia por la Fiscalía consistente en un certificado de inscripción y anotaciones vigentes en el registro nacional de vehículos motorizados, correspondiente a un automóvil marca Volkswagen, color rojo, modelo 113 1300, año de fabricación 1983, inscrito a su nombre.

Del mismo modo prestó declaración Zoila Luz Ramírez Rivas –hermana del afectado- quien manifestó que el día de los hechos, cuya fecha no recuerda, alrededor de las 23:00 horas, se fue a dormir, verificando previamente que el vehículo marca

Volkswagen, color rojo, modelo escarabajo, de propiedad de su hermano, se encontraba como de costumbre con las puertas y vidrios cerrados, estacionado afuera de su domicilio al costado de la reja, en la vía pública. Siendo aproximadamente las 04:00 horas, Carabineros concurrió a avisarle que el auto había sido robado; de inmediato concurrió a la Comisaría a dejar constancia del hecho, lugar donde se encontraba el móvil. Se percató que tenía rota la luneta del vidrio lateral izquierda; había trozos de vidrios sobre el asiento del acompañante como también en el piso y la chapa de contacto se encontraba con los cables desconectados. Manifiesta que al día siguiente le avisaron por teléfono a su hermano, quien se encontraba en la ciudad de La Serena, que el auto había sido robado.

Los testigos también reconocieron fotografías del vehículo sustraído que fueron proyectadas durante el juicio e incorporadas como evidencia por el Ministerio Público.

Por otro lado, prestaron declaración los funcionarios de Carabineros Mario Cepeda Romero, Cristian Alvarado Gómez y Josué Pavez Torres, quienes expresaron que en una fecha que no recordaron en forma exacta y que, luego de leer la documentación que confeccionaron a propósito de este hecho como ayuda memoria, expresaron fue el 2 de agosto de 2002, en horas de la madrugada, se encontraban realizando un patrullaje preventivo en el sector costero, iban por calle Edmundo Pérez Zujovic, de sur a norte, y al llegar a calle Chacalluta vieron en la playa un vehículo color rojo que tenía sus puertas abiertas. Sospecharon que ingerían licor, por lo que el Carabinero Pavez, quien conducía el vehículo policial, puso las luces altas; vieron a tres individuos en su interior, los Carabineros Cepeda y Alvarado se bajaron del furgón, el primero de ellos, se dirigió a la puerta del chofer, los sujetos intentaron huir pero no lo lograron por lo que de inmediato procedieron a efectuarle un control de identidad. Dijeron que a través de la información obtenida del kardex institucional tomaron conocimiento, por el número de la patente del vehículo, del domicilio de su propietario.

Los tres testigos, reconocieron las fotografías del estado de vehículo y una cortaplumas que también se incorporó como evidencia.

De esta manera los dichos de los testigos Alfredo y Zoila Ramírez Rivas, como también de los funcionarios de Carabineros Mario Cepeda Romero, Cristian Alvarado Gómez y Josué Pavez Torres, resultaron concordantes entre sí al referirse a la sustracción del vehículo de propiedad del primero que se encontraba estacionado en la calle, afuera de su domicilio y que, después, fue encontrado en la playa, con tres sujetos en su interior.

Por otro lado, el ánimo de lucro que motivó el actuar ilícito de los sujetos deviene como necesaria consecuencia del hecho de la apropiación y de la forma y medios empleados para obtenerla.

SÉPTIMO: Que para acreditar la fuerza empleada en la sustracción se tuvo presente lo dicho, en primer término, por la testigo Zoila Ramírez Rivas, en cuanto indicó que el vehículo, la noche anterior a la sustracción, quedó afuera de su domicilio, en la calle, con sus puertas y vidrios cerrados, lo que corroboró el testigo Alfredo Ramírez Rivas, conforme a lo que le fue señalado por la primera. Ambos se refirieron al estado en que encontraron el móvil con posterioridad, indicando que tenía la luneta del vidrio lateral izquierdo quebrada, había trozos de vidrios sobre el asiento del acompañante como también en el piso, la chapa de contacto tenía los cables cortados y la caja de cambios se encontraba trabada, daños que según expresaron no tenía antes.

Sobre este punto también declararon los carabineros Mario Cepeda, Cristian Alvarado y Josué Pavez, funcionarios de Carabineros, quienes expresaron que se percataron que el vehículo tenía rota la luneta del vidrio lateral izquierdo, habían trozos de vidrios sobre el asiento del acompañante como también en el piso y que la chapa de contacto tenía incrustado un cortaplumas, encontrándose, además, los cables de esta desconectados.

Lo anterior también pudo ser percibido directamente por el tribunal en las fotografías del vehículo proyectadas en la audiencia y reconocidas, como se vio, por todos los testigos, observándose las fracturas señalada por estos y los restos de las mismas.

Por último, debe indicarse que se incorporó una cotización del Servicio Ljuvetic en la que aparecen fijados en una suma de $284.280 (doscientos ochenta y cuatro mil doscientos ochenta pesos).

En consecuencia, con el relato de la víctima Alfredo Ramírez Rivas y la testigo Zoila Ramírez Rivas, las fotografías del vehículo y la evidencia consistente en un cortaplumas con destapador, pruebas que además resultaron concordantes en sus aspectos centrales con los dichos de los funcionarios de Carabineros Mario Cepeda, Cristian Alvarado y Josué Pavez quedó

demostrado que, para la sustracción de la especie, el acusado, acompañado de otras dos personas, quebraron la luneta del vidrio lateral izquierdo del vehículo de propiedad de la víctima y, una vez en el interior, mediante el uso de un cortaplumas forzaron su chapa de contacto y procedieron a sacarla de la esfera de protección de su propietario, ejerciendo un comportamiento de señor y dueño a su respecto.

OCTAVO: Que así las cosas, recapitulando sobre los hechos establecidos en los motivos que preceden, es posible afirmar que el Ministerio Público, demostró la efectividad de su imputación contenida en la acusación, esto es, que el día dos de Agosto del 2002, en horas de la madrugada, el acusado, acompañado de otras dos personas, sustrajeron un vehículo de propiedad de Alfredo Ramírez Rivas que se encontraba en la calle, afuera de su domicilio, para lo cual quebraron la luneta del vidrio lateral izquierdo, ingresaron al mismo y con un cortaplumas procedieron a forzar su chapa de contacto, haciendo funcionar el motor del móvil, el que fue encontrado con posterioridad por funcionarios de Carabineros en la playa, con tres individuos en su interior.

NOVENO: Que el elemento fuerza en las cosas que da fisonomía propia al delito de robo está constituido por aquella que se ejerce, no sobre la cosa misma para obtener su aprehensión material, sino la empleada sobre sus defensas conformadas por sus mecanismos de resguardo o dispositivos de protección. La tipicidad de este ilícito y su pena, depende de ello y del lugar en que el robo se ha cometido. Es así como entre las distintas formas de robo, se encuentra la referida a los robos de cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación. En el primer tipo penal, no es requisito esencial que las cosas se encuentren en un lugar, entendido como recinto cerrado o perfectamente delimitado, protegido o resguardado en forma tal que sus medios o mecanismos de defensa impidan el libre acceso a la cosa y deban ser vencidos para que se consume la apropiación; sino que en bien nacional de uso público, es decir a aquel que pertenece a toda la nación y cuyo uso puede ser ejercido libremente por todos sus habitantes.

El inciso primero del citado artículo 443, fue agregado por el artículo 50 de la Ley 11.625, sobre Estados Antisociales y se diferencia de las otras formas punitivas de robo – particularmente las previstas en los artículos 440 y 442 del señalado Código- en que, por lo general, la fuerza no se emplea sobre los resguardos, sino sobre la cosa misma, en atención al lugar en que ellas se encuentran, siendo la finalidad específica de la redacción del precepto que se analiza, sancionar como robo la sustracción de automóviles, de algunas de sus piezas o de objetos dejados en ellos si, para su apropiación, se emplea alguno de los medios que dicho inciso primero establece, situaciones jurídicas que hasta antes de la entrada en vigencia de la norma en comento, se castigaban como hurto.

En la especie los hechos establecidos en el motivo precedente, son constitutivos del delito de robo de especie cometido en bien nacional de uso público, en perjuicio de Alfredo Ramírez Rivas, previsto y sancionado en el artículo 443 en relación con el artículo 432 del Código Penal, supuesto que un tercero, acompañado de otras dos personas, quebraron la luneta del vidrio lateral izquierdo del vehículo de propiedad del ofendido que se encontraba en calle Chacalluta de esta ciudad, es decir, procedieron mediante fractura de vidrios y, al ingresar, con un cortaplumas forzaron la chapa de contacto, esto es, mediante fractura de un dispositivo de protección, apropiándose así de este, sin la voluntad de su dueño, y con ánimo de lucro.

DÉCIMO: Que la participación de William Denis Ibáñez pudo ser establecida con los atestados de los tres funcionarios aprehensores, quienes lo reconocieron en la audiencia como uno de los sujetos que fueron sorprendidos en los momentos inmediatamente posteriores a la sustracción, en el interior del vehículo, concretamente frente al volante del mismo.

Estos antecedentes, de manera necesaria y unívoca, en la medida que los reconocimientos han sido precisos e indubitados, forman convicción suficiente en este Tribunal y permiten dar por acreditado, más allá de toda duda razonable que William Omar Denis Ibáñez, intervino de una manera inmediata y directa en el ilícito establecido en el motivo anterior, esto es, en calidad de autor del mismo.

En efecto, establecidos por los dichos de los tres funcionarios policiales aprehensores que el acusado fue encontrado, en horas de la madrugada, en los momentos inmediatamente posteriores a la perpetración del delito, en una playa, dentro del vehículo sustraído, en el asiento del conductor, automóvil que tenía uno de sus

vidrios fracturados y restos del mismo esparcidos en su interior, la chapa de contacto también fracturada y un elemento punzante en vez de sus llaves, se desprende de manera directa, como única posibilidad, que el acusado es uno de los ejecutores materiales directos del ilícito, más aún cuando, si bien el delito se encontraba consumado pues la especie ya había sido sacada de la esfera de custodia de su titular, el mismo no estaba agotado aún y el acusado y sus acompañantes realizaban actos tendientes a ello.

De los hechos así acreditados, se pudo derivar de modo lógico y como única alternativa posible, la participación del acusado.

De este modo no se tiene que recurrir a la presunción de autoría del 454 del Código Penal, -por lo demás, a despecho de lo dicho por la defensa, plenamente vigente en nuestro ordenamiento- para determinar como hecho de la causa la participación del acusado pues los antecedentes habidos en su contra van más allá que esta en la medida que no solo se le sorprendió en poder de la especie sustraída sino que en un lugar, tiempo y circunstancias que denotaban de manera clara su autoría.

De este modo no es efectivo, como lo dijo la defensora, que en contra del acusado milite exclusivamente la presunción legal de autoría del artículo 454 del Código Penal, de manera que ningún debate puede surgir a su respecto con relación a la presunción de inocencia y al principio de contradictoriedad. En efecto, la decisión alcanzada sobre la autoría del acusado tuvo en cuenta la posesión de la cosa objeto del delito, como una circunstancia de hecho acreditada con los elementos de convicción aportados al juicio y analizados a la hora de resolver, pero ello dista con mucho de ser un medio de prueba supletorio en contra del imputado, pues sólo constituye un antecedente más que emana de manera directa de la prueba rendida en el juicio y que en conjunto con ella ha permitido fundar la condena, sin perjuicio que la circunstancia fáctica que se haya encontrado al acusado, entre otros, en poder de la especie sustraída, contribuye también a deducir de manera directa su responsabilidad en el ilícito.

UNDÉCIMO: Que, como se ve, el delito imputado oficialmente y la participación del acusado ha sido acreditada en la causa con la prueba rendida e incorporada legalmente en el juicio, en la medida que la misma ha resultado suficiente para que el Tribunal adquiera la certeza positiva de uno y otra, superando el estándar de convicción más allá de toda duda razonable exigido por la ley.

DUODÉCIMO: Que, no puede ser oída la defensa cuando pide la absolución de su defendido teniendo como fundamento que no existen antecedentes para dar por acreditada su participación en el ilícito por el cual fue acusado, cometido el 30 de Julio del 2002. De ser condenado el acusado, manifiesta que se estaría vulnerando el principio de congruencia.

Si bien, de la prueba rendida en el juicio, efectivamente aparece que los hechos ocurrieron en una fecha distinta a la señalada en la acusación, esto es, el 2 de Agosto del mismo año; con la misma prueba se pudieron establecer los hechos de la acusación que motivaron este juicio, de manera que no es posible acceder a la petición de absolución de la defensa.

En este aspecto cabe tener presente que el principio de la congruencia contenido en los artículos 259 y 341 del Código Procesal Penal constituye una manifestación del derecho de defensa que opera en favor del acusado en el sentido que a este le asiste la facultad de conocer el contenido de la imputación que se le hace desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, tal como se desprende de los artículos 93 inciso segundo letra a) y 94 letra a) del Código Procesal Penal con relación al artículo 7° del mismo código.

Esta imputación debe estar conformada necesariamente por los hechos que son objeto de la investigación, los cuales, como se ha dicho, el imputado tiene derecho -incluso antes de la formalización de la misma- a que sean puestos en su conocimiento –artículo 93 inciso segundo letra e) del citado código-, debiendo entenderse adecuadamente cumplido dicho trámite sólo en el contexto señalado, esto es, de imputación de hechos de la investigación que le son comunicados al imputado en esa oportunidad procesal en términos que se le informe la atribución formal de un hecho penalmente relevante que puede ser motivo de una sanción penal en su contra.

En el caso que nos ocupa, ha quedado de manifiesto que, al menos a partir de la audiencia de formalización de la investigación, el imputado tomó conocimiento cabal de la imputación fiscal, salvo la existencia de un error en la fecha del hecho, provocado, como lo dijo el fiscal y no fue

desvirtuado en modo alguno por la defensa, en la trascripción del acta de la formalización, el que, posteriormente se traspasó a la acusación.

El error en la acusación respecto de la fecha de la comisión del delito no altera en nada las conclusiones a las que se ha arribado y menos introduce elemento de duda en cuanto a la participación del acusado en este delito como que era que, en ningún caso se afectó el principio de congruencia, en la medida que el acusado está siendo condenado por los mismos hechos que le fueron imputados en la acusación, resultando el error mencionado una cuestión accesoria que en nada afecto su derecho a defensa y que no altera la centralidad de los elementos fácticos que configuran el delito por el cual se ha dictado acusación.

Tales alegaciones no fueron contradichas por la defensa, que se ejerció a favor del acusado desde las primeras actuaciones del procedimiento -según lo expuso su propia abogada- quien en dicha oportunidad no cuestionó los argumentos del Fiscal sobre el punto. Por ello resulta evidente que el principio de congruencia cuestionado por la defensa, ha permanecido respetado desde la oportunidad procesal mencionada por lo que deberá desestimarse su alegación en contrario.

Las afirmaciones de la defensa en orden a que se está ante hechos distintos son francamente inaceptables. Obviamente no puede pretender que el acusado, con las mismas dos personas, sustrajo dos veces el vehículo del ofendido desde el mismo lugar y fue sorprendido en la misma playa. Luego, salvo el error en la fecha, los hechos imputados en la acusación son los que se establecieron en la sentencia y la defensa pudo ejercer válidamente todos los derechos que le consagran la ley, especialmente los que dicen relación con la posibilidad de desvirtuar la prueba de cargo y presentar prueba exculpatoria cuya vigencia se garantiza, entre otras formas, con el principio de congruencia entre la acusación y el fallo.

Por lo demás, es una cuestión pacífica para la doctrina, aún para la más garantista, que el principio de correlación entre los hechos de la acusación y los establecidos en el fallo no supone, en modo alguno, que en el juicio sólo puede establecerse idénticamente los mismos de la acusación, requiriéndose una identidad prácticamente gramatical entre unos y otros, sino que, por el contrario, claramente se distingue entre hechos esenciales y los que no tienen ese carácter.

El principio de congruencia supone, entonces, conformidad, concordancia o correspondencia entre la determinación fáctica del fallo con relación a los hechos y circunstancias penalmente relevantes que han sido objeto de la imputación contenida en la acusación, que fueren de importancia para su calificación jurídica.

La alegación introducida por la señorita defensora tiene un error conceptual que, desde luego, impide su aceptación pues la fecha de acaecimiento del hecho constituye un error meramente referencial que no afecta el principio de congruencia traído a colación por la defensora, pues no afecta a los hechos y circunstancias penalmente relevantes.

Así, no cualquier error fáctico de la acusación puede importar una infracción a su congruencia con el fallo. Lo primero para ello es que se establezcan en la sentencia, como delito, hechos que no han sido materia de acusación, lo que en esta causa no ha ocurrido, en la medida que el error referencial ya expresado, en nada altera la sustancialidad de la imputación, incluso en lo que se refiere a la participación que en el delito cupo al acusado, pues su calidad de autor directo señalada en la acusación y determinada en el fallo resulta inalterada produciéndose exclusivamente una disconformidad mínima e irrelevante desde todo punto de vista.

Más aún, si se analiza la ratio del principio, para entender que el mismo ha sido infringido, como dice el profesor Julio Maier (Derecho Procesal Pena, Tomo I, página 336): "La base de la interpretación está constituida por la relación del principio con la máxima de inviolabilidad de la defensa. Todo aquello que, en la sentencia, signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato, con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no pudieron expedir, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente, lesiona el principio estudiado." Nada de ello ocurrió en esta causa y, más aún ni siquiera fue insinuado por la defensa, sin perjuicio de resultar irrefragable que no se ha afectado garantía alguna pues conoció cabalmente el contenido de la imputación, pudo efectuar alegaciones y proponer y rendir prueba a su respecto.

Por otro lado la correlación entre la acusación y el fallo no puede plantearse, como lo pretende la defensa, sobre la base de una identidad

prácticamente semántica entre los hechos imputados en la primera y establecidos en la segunda, sino que, con aquellos que han sido objeto de persecución en el proceso en términos que sus elementos esenciales se mantengan no requiriéndose lo mismo respecto de los accidentales. A su turno, la identificación de los elementos esenciales ha sido objeto de debate doctrinario plateándose teorías al respecto. Modernamente, con el objeto de solucionar los problemas que se presentan, el autor alemán Schaefer a sostenido que en el proceso penal debe considerarse que el hecho es el mismo cuando:

1° Exista al menos identidad parcial de los actos concretos de realización. O sea, basta con que exista una porción común en el acaecer histórico de los objetos que se comparan, con tal que no se produzca una modificación jurídica sustancial por la concurrencia de los restantes supuestos del tipo penal.

2° Exista identidad en el contenido material de la ilicitud o del injusto aun cuando las acciones materiales sean distintas. Vale decir, las distintas acciones deben dirigirse contra el mismo bien jurídico, o formar, como acción continuada o en serie un todo desde el punto de vista valorativo.

Esto significa aceptar para la identificación del hecho objeto del proceso penal un doble criterio: uno formal o normativo, que está compuesto por la actividad penalmente relevante; y otro material, que está dado por la identidad de un elemento material, que es precisamente el contenido material del delito o falta." (Citado por Alex Carocca Pérez, Congruencia entre Acusación y Defensa en el Nuevo Proceso Penal Chileno, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 39, Universidad Diego Portales, pag. 310)

Como se ve, desde este último aspecto tampoco puede pretenderse infracción alguna al principio de la congruencia, de manera que no cabe sino rechazar la alegación de la defensora.

DECIMOTERCERO: Que, corresponde rechazar, además, la alegación subsidiaria de la defensa en cuanto a que a su defendido le favorece la circunstancia atenuante de la irreprochable conducta anterior.

Para decidir lo solicitado subsidiariamente debe tenerse presente que, de acuerdo a la prueba documental incorporada por la Fiscalía, consistente en el extracto de filiación y antecedentes del acusado, consta que el 4 de octubre de 1993 fue condenado en causa rol 35.044/1992 del Segundo Juzgado de Letras de Quillota a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio. Por lo expuesto debe desestimarse los argumentos de la defensa en el sentido de que la anotación prontuarial por condena anterior que registra el acusado no debe ser considerada por encontrarse prescrita, pues la prescripción en materia penal no tiene el alcance que pretende la defensa para el caso, toda vez que sus efectos por el transcurso del tiempo sólo se extienden a la acción penal y a la pena, aunque ambas "...tienen una condición común: el decurso de un plazo, después del cual la sociedad olvida y considera inútil la persecución del delito o la ejecución de la pena, perdiendo por ello la sociedad misma el derecho a ejercitar acciones tendientes a uno u otro fin" (Jiménez de Asúa, 1992: 637 tomado del Texto y Comentario del Código Penal Chileno en explicaciones de José Luis Guzmán Dálbora). Por lo demás, aún cuando apareciera haber operado la prescripción de alcance administrativo a que se refiere la defensa, el hecho de que el acusado fue antes condenado y cumplió la pena que le fue impuesta por un delito de hurto, impide, en todo caso, considerar que su condena anterior resulta irreprochable.

DECIMOCUARTO: Que, perjudica al acusado la agravante de pluralidad de malhechores del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal acreditada con el mérito de la sentencia dictada con fecha 9 de abril de 2003 en juicio abreviado RIT. 3686/2002 por el delito de robo con fuerza en bienes nacionales de uso público en contra de Ignacio Fuentes Díaz por los mismos hechos; la que fue incorporada en la audiencia por el Ministerio Público.

La alegación que no está claro que se trate de los mismos hechos debe ser desestimada completamente por los argumentos que se tuvieron presente al analizar la infracción alegada por la defensa al principio de congruencia. Por lo demás, y sin perjuicio de que de la lectura de la sentencia dictada en el procedimiento abreviado surge que se trata de los mismos hechos, otro tanto ocurre con la prueba rendida, especialmente de los dichos de los funcionarios policiales quienes indicaron que el día de los hechos detuvieron al acusado, junto con Ignacio Fuentes Díaz y un tercero.

Por lo mismo en nada altera que en la sentencia señalada en el párrafo anterior se haya indicado como fecha de comisión del delito el día 30

de julio del año 2.002 y en la presente el día 2 de agosto de ese año pues, como se vio, se incurrió en un error en la acusación que, tratándose de un procedimiento abreviado, necesariamente llevó al tribunal de garantía a fijar como fecha del ilícito la primera, como quiera que en este tipo de juicio se estructuran sobre la base de la aceptación por parte del imputado de la efectividad de los hechos contenidos en la acusación, mas, como se vio en este juicio y se desprende de tal sentencia, indudablemente se trata de los mismos hechos, lo que, por lo demás estaba en pleno conocimiento de la abogada defensora desde que también defendió al acusado en el procedimiento abreviado lo que torna más inaceptable su argumentación.

DECIMOQUINTO: Que concurriendo una agravante en contra del acusado, sin que le beneficien atenuantes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 68 y 69 del Código Penal, no podrá imponérsele el grado mínimo de la pena asignada al delito, razón por la que, debiendo ser regulada en el grado superior y atendida la menor extensión del mal causado en la comisión del delito, se le aplicará una sanción de presidio menor en su grado máximo en su parte más baja.

DECIMOSEXTO: Que no se concederá al acusado ninguno de los beneficios alternativos establecidos en la Ley 18.216, por no reunir los requisitos para ello.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 26, 29, 50, 68, 69, 432 y 443 inciso 1° y 456 bis N° 3 del Código Penal; y artículos 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344 y 346 y siguientes del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que se condena a WILLIAM OMAR DENIS IBÁÑEZ ya individualizado, a la pena de TRES AÑOS Y UN DÍA de presidio menor en su grado máximo, como autor del delito de robo con fuerza en las cosas, de especies situadas en bienes nacionales de uso público, en perjuicio de Alfredo Carlos Ramírez Rivas, perpetrado en esta ciudad el día 2 de agosto del año 2.002.

Se le condena, además, a la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena.

Se le condena, por último, al pago de las costas de la causa.

II.- Que, no reuniéndose los requisitos de la Ley 18.216, no se concede al sentenciado alguno de los beneficios en ella establecidos por lo que deberá cumplir efectivamente la pena impuesta, la que se le computará desde el 30 de marzo del año en curso, fecha desde la cual ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad en esta causa, según consta del auto de apertura del juicio oral, sirviéndole de abono los días que haya permanecido detenido por esta causa, según se determine en la etapa de ejecución del fallo.

III.- Devuélvase a la Fiscalía el cortaplumas incorporado como evidencia material.

Ofíciese, en su oportunidad, a los organismos que corresponda para comunicar lo resuelto y remítanse los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía de Antofagasta para la ejecución de la pena.

Regístrese.

Redactada por la Juez Virginia Soublette Miranda.

No firma la Juez Virginia Soublette Miranda, no obstante haber concurrido al juicio, la decisión y redactado la sentencia por encontrarse con permiso este día.

R.U.C. N° 0200092876-6
R.I.T. N° 30-2003

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA SEÑORA MYRIAM URBINA PERÁN, SEÑORA SOUBLETTE MIRANDA Y SEÑOR DINKO FRANULIC CETINIC.

- **Condena al primero de los imputados a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, y al segundo de los acusados a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo y accesorias legales como cómplice del mismo delito.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó a los imputados como autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, por cuanto hubo una coposesión, conducta que implicó un "dominio funcional". La Defensa solicitó la absolución fundada en que el procedimiento investigativo adoleció de ilicitud por no haber cumplido con los requisitos que la ley exige en el uso de la figura de agente encubierto. Por último alegó las atenuantes de los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal. El Tribunal desestimó las alegaciones de la Defensa, por cuanto la ley expresamente reconoce el uso de la institución del agente encubierto, y en este caso en concreto el funcionario que actuó como tal cumplió con cada uno de los requisitos legalmente establecidos: autorización de un superior jerárquico, no provocó o instigó el delito, se introdujo en una organización delictiva, su nombramiento no fue permanente, identificación a los partícipes y las pruebas. En cuanto a la participación de los acusados, determinó que uno lo hizo en calidad de autor, en tanto el segundo lo fue en calidad de cómplice. Ello porque con un acto simultáneo accionó a que se perfeccionara el delito, encuadrándose su actividad dentro de lo prevenido en el artículo 16 del Código Penal. Respecto de las atenuantes alegadas, no reconoció la concurrencia de la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos toda vez que no se dieron sus supuestos.

Texto completo:

Calama, cuatro de julio del año dos mil tres**.**

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que ante este tribunal de juicio oral de la ciudad de Calama, integrada por los Jueces doña IRMA TAPIA VALDES, don FRANCO REPETTO CONTRERAS y don JAIME MEDINA JARA, se llevó a efecto la audiencia de juicio oral en causa rol N°16-2003 seguidos contra LEANDRO CAMATA RAMOS y EULOGIO BERNAL SALVATIERRA, ambos indocumentados, de nacionalidad boliviana, domiciliados actualmente en el Centro de Detención Preventiva de Calama.

Representó al Ministerio Publico don CRISTIAN ALIAGA AYARZA, Abogado, domiciliado en Granaderos 2205 Calama. La defensa estuvo a cargo de los profesionales don GONZALO GUERRERO REYES y don IVAN CENTELLAS CONTRERAS, ambos con domicilio en Latorre 1760 segundo piso, Calama.

SEGUNDO: Que los hechos materia de la acusación según el auto de apertura del Juicio oral consisten en que según lo refiere informe policial N° 200 de la Brigada Antinarcóticos de la Policía de Investigaciones de Chile, un tercero bajo la modalidad de informante encubierto, según los términos del artículo 34 de la ley 19.366, entregó antecedentes que decían relación con un intercambio de droga que efectuarían unos ciudadanos de nacionalidad Boliviana que canjeaban pasta base de cocaína por un vehículo motorizado en cual sería trasladado hacia Bolivia.

A raíz de lo anterior y previa instrucción del Fiscal a cargo de la investigación, con fecha 11 de diciembre de 2002, se designó por el Comisario Jefe de la Brigada Antinarcóticos de la Policía de Investigaciones, Agente Encubierto al Detective Héctor Guenante Urzúa, quien se trasladó con igual fecha a la localidad de San Pedro de Atacama en compañía de otros oficiales de la BRIANT y el informante encubierto, apostándose en las inmediaciones de Buses Frontera, lugar en el cual permanecieron el Agente e Informante a bordo de una camioneta de la Brigada Antinarcóticos, mientras los oficiales efectuaban labores de vigilancia en las cercanías del lugar.

Tras esperar algunos instantes, se acercaron al vehículo dos sujetos de rasgos altiplánicos a entablar conversación con los ocupantes del mismo, momento en el cual el acusado Leandro Camata Ramos, en compañía del Agente Encubierto, procedieron a retirarse del lugar, quedando en el lugar el Informante Encubierto junto a Bernal Salvatierra.

Tras lo anterior, el Agente Encubierto en compañía del acusado Camata Ramos, se dirigieron a un lugar cercano a la Sede de la Conadi en San Pedro de Atacama, lugar en el cual el Agente esperó algunos instantes, regresando Camata portando una mochila de color azul, mostrando su contenido al Agente, quien pudo observar que en su interior existía una bolsa blanca de polietileno con dos paquetes enguinchados en su interior, regresando hacia el lugar en que originalmente se habían encontrando los cuatro interlocutores.

Tras regresar posteriormente Leandro Camata junto al Agente Encubierto portando el acusado Camata una mochila que en su interior contenía 2 kilos de pasta base de cocaína, se produjo el intercambio de droga por las llaves del vehículo, y al momento que los dos ciudadanos Bolivianos ingresan al móvil son detenidos por los policías que concurrieron a la diligencia.

Una vez efectuada la detención de los acusados se procedió a registrar la mochila azul; encontrando en su interior los dos paquetes ya señalados, los cuales al ser examinados contenían una sustancia de olor y color característico a la pasta base de cocaína.

Posteriormente se concurrió al domicilio que ambos ocupaban en la localidad de San Pedro de Atacama, no encontrándose mas elementos de prueba que los ya indicados.

Con fecha 06 de marzo del presente año, el químico farmacéutico Julio Maldonado Cid, Jefe (S) del Subdepartamento Químico Analítico del Instituto de Salud Pública, mediante memorando 0841 informó el resultado del análisis del decomiso del polvo beige encontrado en poder de los acusados.

El Ministerio Público sostiene que los hechos que conforman la acusación constituyen el delito de infracción a la ley 19.366, sobre Tráfico Ilícito de Estupefaciente y Sustancias Sicotrópicas, previsto y sancionado en el artículo 5° en relación con el artículo 1° de dicho texto legal en grado de consumado y en calidad de autores por los acusados Eulogio Bernal Salvatierra y Leandro Camata Ramos, el día 12 de diciembre de 2002.

Sostiene el órgano persecutor que no concurren circunstancias agravantes en el hecho e invoca a favor de los acusados la concurrencia de la irreprochable conducta anterior, contemplada en el artículo 11 N ° 6 del Código Penal.

En lo concerniente al grado de participación, le atribuye a los acusados la calidad de autores del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 5 en relación con el primer inciso de la Ley 19.366, conforme a lo establecido en el artículo 15 N° 1 del Código Penal. Señala el Ministerio Público que si bien la tenencia de drogas, fue directa e indirecta por parte del acusado Leandro Camata Ramos, no es caprichosa la extensión al otro acusado, sino que existe en el caso, una coposesión común, indistinta, compartida pero permanente, conducta que no significa otra cosa que "dominio funcional" sobre la droga, y desde la óptica anterior, ambos sujetos deben responder en su carácter de autores del ilícito previsto y sancionado en el Ley 19.366, pues la permuta es considerada también como conducta de tráfico propiamente dicha, y concretamente como una de las formas de venta, toda vez que confluye el requisito esencial para este tipo de acto cual es el hecho de que el adquirente (Agente Encubierto) la paga con algo distinto al dinero, que en el caso puntual era una camioneta, supuestamente obtenida de forma ilícita.

En cuanto a la pena requerida, la Fiscalía solicita se imponga a los acusados Leandro Camata Ramos y Eulogio Bernal Salvatierra la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, más multa de 40 Unidades Tributarias Mensuales, las penas accesorias señaladas en el artículo 28 del Código Penal y las costas del juicio en los términos del artículo 24 del Código Penal.

TERCERO: Que la defensa de los acusados solicita la absolución de ambos fundado en que a su juicio todo el procedimiento investigativo adolece de ilicitud e ilegalidad, puesto que el agente encubierto requiere, para su procedencia, de determinados requisitos señalados en la Ley 19.366 artículo 34, entre los cuales se indica el de introducirse en organizaciones delictivas destinadas a cometer delitos relacionados con la ley de drogas, elemento que a juicio de esta

parte no existe ya que lo que ocurrió fue un intercambio de droga entre personas, pero que no puede calificarse de una organización, ya que la existencia, por parte de la fiscalía, de determinadas investigaciones en la ciudad de robo de camionetas que luego son cambiadas por droga, no se encuentra acreditado, por lo que no puede afirmarse que concurre este requisito para la procedencia de esta institución, que por lo demás es intrusiva, y en cuanto al informante, éste también adolece de ilicitud puesto que él iba a cometer el delito, luego se arrepiente y entrega la información a funcionarios policiales, por lo tanto ambas pruebas son inidóneas para dar por establecido el tipo penal y por ende no se deben valorar. Agrega que respecto a Eulogio Bernal, además debe ser absuelto porque no se podrá acreditar su participación en los hechos, puesto que no se podrá probar que éste tuviera conocimiento de la transacción que se iba a efectuar, ya que las circunstancias de llegar juntos a San Pedro y de estar presente al momento de los hechos, no constituyen un acto de tráfico, nunca vio la droga, puesto que ésta no estaba en la pieza que ambos ocuparon, sino que a una distancia de quince minutos a pie, como quedó acreditado en la audiencia, por lo que su actuar no se encuentra en ninguna de las hipótesis del artículo 5° de la Ley 19.366, es más, no se le puede considerar coautor, ya que si se hace una supresión mental y se saca a esta acusado de la escena de los hechos, el resultado final igual se produce o verifica en los mismos términos y el hecho de haber recibido las llaves de la camioneta, no lo hace partícipe de ningún modo ni ello implica que él tuviera un conocimiento de los hechos. Además, en la audiencia de determinación de la pena, solicita se acoja en favor de ambos acusados la atenuante del articulo 11 N°6 del Código Penal, que la fiscalía reconoce en su acusación y respecto de Leandro Camata Ramos, además, la del artículo 11 N°9 del mismo cuerpo legal, fundado en que desde que se procedió a su detención, siempre explicó y declaró los hechos y circunstancias, a lo que se suma que en este juicio también prestó declaración indicando que Eulogio Bernal no tenía ningún grado de participación, lo que en parte este tribunal acogió, el hecho de ser delito flagrante no puede privar a los involucrados de la concurrencia de ésta agravante, que este numeral fue modificado con el objeto de hacerlo armónico con el nuevo proceso penal y el legislador premia la colaboración del acusado ya que con sus declaraciones se determinaron varios hechos importantes para la resolución final ya que por ejemplo señaló donde estaba la droga, la cual nunca se encontró en la pieza.

CUARTO: Que a juicio de este Tribunal el problema central en el caso materia del presente juicio, consiste en determinar la existencia del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en los términos establecidos en el artículo 5° inciso 2° de la ley 19.366, esto es, en este caso específico, la transferencia de dos kilos de pasta base de cocaína por parte de Leandro Camata Ramos y la participación del acusado Eulogio Bernal Salvatierra, en su carácter de coautor del ilícito.

QUINTO: Que la existencia del delito de tráfico ilícito de estupefacientes se encuentra acreditado con la declaración del funcionario de la Brigada de Antinarcóticos de la Policía de Investigaciones de Chile Inspector Marcelo Urrea Caro, quien señaló que por información proporcionada por una interna del CDP, que se acogió a la cooperación eficaz, se supo de un número telefónico de un sujeto de nacionalidad boliviana que estaría ingresando droga al país, por lo que se solicitó autorización al Juzgado de Garantía para interceptar dicho teléfono, agrega que a él le correspondió analizar y procesar la información, indicando que éste ciudadano efectuaba permanentes transacciones con personas del mencionado país, en una oportunidad se le solicitó una camioneta toyota, doble tracción, la cual debía llevar a la localidad de San Pedro de Atacama a una determinada hora, para cambiarla por droga, indicando que fueron como cuatro o cinco llamadas de ese tipo, pero señala que no sabía quien era la persona que llamaba, solo sabía quien era el dueño del teléfono interceptado y a partir de la última conversación, el día 11 de diciembre del año 2002, en horas de la tarde, se inicio un operativo con la finalidad de determinar a las personas involucradas, efectuando un control de identidad de la persona dueña del teléfono, a quien tenía identificada y porque solo conocía una parte de la información, ya que lo normal, es que estos sujetos tengan distintos números telefónicos de los que realizan llamadas de este tipo, esta persona, como se dio cuenta de que lo estaban siguiendo, se decidió a colaborar, transformándose en el informante, contando todo lo que iba a ocurrir en San Pedro de Atacama la madrugada del día 12 de

diciembre del año 2002. Ante lo anterior, por resolución del Comisario de la Brigada Antinarcóticos, se nombró al Subinspector Héctor Guenante Urzúa como agente encubierto a fin de que se infiltrara en esta organización y obtuviera medios de prueba para acreditar el delito. Agrega que habla de una organización ya que hay antecedentes de por lo menos treinta camionetas que se han robado con la finalidad de intercambiarlas por droga. El día de los hechos se trasladaron en una camioneta institucional, la cual era el móvil supuestamente obtenido de forma ilícita y que se cambiaría por droga, a San Pedro de Atacama, ya en dicho lugar, se estacionan frente a la agencia de buses Frontera en dirección al volcán Licancabur, en la camioneta se queda el agente encubierto, ubicado en el asiento del chofer y el informante como copiloto, los demás, que servirían de apoyo, en las inmediaciones, él específicamente se apostó en la feria artesanal, ubicada aproximadamente a cincuenta metros de donde estaba el móvil, al cabo de diez o quince minutos, llegan dos ciudadanos bolivianos que se acercan al vehículo, conversaron y se subieron en la cabina de atrás, por el lado del conductor, continúan conversando, pasan como cinco o diez minutos y se baja el agente encubierto con uno de los sujetos bolivianos, y se dirigen hacia una cancha de fútbol, lugar en el que se queda el primero, lo que él sabe ya que siempre los siguió, a algunos metros de distancia para que no lo vieran, la otra persona siguió caminando, pasaron algunos minutos y regresó portando una mochila, la cual la abre y exhibe al agente su contenido, la cierra y retornan a la camioneta, donde se bajan los dos ocupantes del móvil, esto es, informante y el otro sujeto de nacionalidad de boliviana, se reúnen los cuatro por el costado del pick-up, donde nuevamente se revisa el contenido de la mochila, efectuando el agente una venia con la cabeza, previamente acordada como señal de que efectivamente se trataba de droga, por lo que los funcionarios de apoyo, esto es, Eduardo Gatica, Wladimir Benavides y él, comenzaron a acercase lentamente, el agente encubierto en este momento entrega las llaves del móvil al sujeto que se había quedado con el informante en la camioneta, se retiran del lugar, para ellos detener a los acusados, él precisamente a Eulogio Bernal al momento de subirse al asiento del chofer del móvil. Agrega que la mochila era de jeans y que contenía dos paquetes con cinta adhesiva color café. Contrainterrogado por la defensa, señala que el sector tenía luz artificial, aunque por el lugar al que luego se dirige agente encubierto y el otro sujeto, hay partes sin luz, pero que siempre estuvo pendiente de todo, pero no siguió al sujeto boliviano ya que éste salió corriendo y lo podían descubrir, luego cuando regresan, se queda nuevamente en el sector de la feria artesanal, agregando que los cuatro sujetos estaban por el costado del pick-up, no es posible que Bernal se encontrara más atrás.

Testimonio del Inspector Wladimir Benavides Bastías, quien declaró en estrados que por una investigación a cargo del funcionario Urrea, se encontraba intervenido un teléfono, lo que estaba autorizado por el Juzgado de Garantía, número que se obtuvo de una interna del CDP que se acogió al artículo 33 de la Ley de drogas, a este número llama un sujeto boliviano que quería cambiar droga por un vehículo robado, ante lo anterior se designa como agente encubierto al funcionario de la Policía de Investigaciones don Héctor Guenante Urzúa, con la finalidad de ubicar a los involucrados y obtener medios probatorios y que efectivamente se trataba de una organización por los antecedentes que se tenían. El día 11 de diciembre en la tarde se efectuó un control de identidad a la persona dueña de teléfono, se cotejó con él la información que se tenía, pero en un comienzo negó todo, luego se retiró, para posteriormente regresar y manifestar su deseo de colaborar señalando que recibió un llamado de un sujeto de nacionalidad boliviana quien le ofrecía efectuar una transacción de dos kilos de droga por una camioneta robada en Calama, para efectuarse el intercambio de la misma en la localidad de San Pedro de Atacama, concurriendo el día 12 de diciembre del año 2002, a eso de las 02:00 horas a dicho lugar en dos vehículos, en uno de ellos iba el agente encubierto, el informante, y los funcionarios Eduardo Gatica y Marcelo Urrea, y sólo él en el segundo móvil, la cual estaciona frente a la Municipalidad y la otra camioneta se queda frente a la agencia de buses Frontera, en cuyo interior se encontraba el agente encubierto y el informante, él junto al funcionario Urrea se ubicaron en las inmediaciones de la feria artesanal, mientras que el funcionario Gatica se apostó hacia la salida, en estas circunstancias se acercan a la camioneta por el lado del conductor, dos sujetos, los que se suben a la parte trasera, al cabo de unos minutos se baja

el agente encubierto con uno de estos sujetos, pasan por delante de él, siendo seguidos por el funcionario Urrea, al cabo de diez minutos vuelven las dos personas, una de ellas con una mochila, se acercan nuevamente a la camioneta descendiendo de ésta las dos personas que aún se encontraban en su interior, esto es, el informante y el otro sujeto de nacionalidad boliviana, para reunirse todos en el pick-up, momentos en los que el sujeto boliviano que traía la mochila hizo entrega de la misma al agente encubierto, la cual abren, instantes en los cuales el agente encubierto efectúa una señal con la cabeza previamente acordada, y hace entrega de las llaves del móvil al otro sujeto boliviano, para luego ser detenidos por todos los funcionarios que servían de apoyo, señalando que él junto al funcionario Gatica detienen a Eulogio Bernal. Posteriormente se dirigen a la casa de ellos, en el sector de la Punta de Diamante, lugar en el que nada encuentran y ya en el cuartel se efectúa la prueba de campo de narcotest arrojando coloración azul a la presencia de cocaína, lo cual fue fijado fotográficamente, las que reconoce en la audiencia cuando le fueren exhibidas, para luego entregar dicha droga al Servicio de Salud de Antofagasta para su análisis, reconociendo el Acta de Recepción N°411-2002, de la droga incautada por parte de dicho organismo, correspondiente a dos paquetes con polvo beige. Contrainterrogado por la defensa señala que él no tuvo contacto con la otra camioneta en el trayecto hacía San Pedro de Atacama y que no sabe si el informante se comunicó con alguien antes de salir a ese lugar, además indicó el orden en el cual se ubicaron los cuatro sujetos en la parte posterior del vehículo, precisamente primero el agente encubierto, luego Bernal, Camata y posteriormente el informante, que en una especie de semicírculo, rodeaban la camioneta por la parte de atrás, agregando que él no vio cuando el agente encubierto entrega las llaves de la camioneta a Eulogio Bernal, solo lo sabe por los dichos del primero y que se acreditó en el lugar la existencia de droga, específicamente pasta base, por el olor característico de la misma.

Testimonio del detective Eduardo Gatica Duarte, quien señaló que el día 11 de diciembre del año 2002 el funcionario Marcelo Urrea le solicitó colaboración para efectuar un procedimiento en la localidad de San Pedro de Atacama, ya que se tenía interceptado un teléfono con autorización del Juzgado de Garantía y por antecedentes proporcionados por un informante se tenía conocimiento de que se efectuaría una permuta de una camioneta por droga, ante lo anterior, con los funcionarios Urrea, Benavides, Héctor Guenante como agente encubierto y el informante se dirigen a dicha localidad en una camioneta, se estacionan frente a la agencia de buses Frontera, desciende del móvil junto a los funcionarios Urrea y Benavides, quedando al interior el agente encubierto e informante, el se ubicó de punto fijo por la parte posterior de la camioneta como a diez metros, a los diez minutos llegan dos sujetos que se acercan al móvil por el lado del chofer donde estaba el agente encubierto, conversaron, luego ingresaron al vehículo, para al cabo de diez minutos bajarse el agente encubierto y uno de los sujetos bolivianos, se van del lugar, regresando después de unos minutos, la persona boliviana con una mochila, la cual, cuando ya estaban en la camioneta entrega al agente encubierto, él la abre y verifica que sea droga lo que ella contiene, efectuando una señal con la cabeza previamente acordada, para luego entregar las llaves del móvil a la otra persona también de nacionalidad boliviana, agrega que las cuatro personas se ubicaron en el siguiente orden, agente encubierto, Eulogio Bernal, Leandro Camata y el informante, y que después de la señal, proceden a la detención de los sujetos, él con el funcionario Benavides detienen a Bernal por el lado del copiloto y por su parte el detective Urrea a Camata por el lado del chofer, posteriormente y ante la presencia de un delito flagrante, se concurrió al domicilio de los detenidos en la Población Licancabur no encontrando nada relacionado con el delito. Contrainterrogado por la defensa señala que no se efectuó ninguna llamada telefónica en el trayecto de Calama a San Pedro, y que llegados a dicho lugar él desciende de la camioneta, por lo que ignora si hubo alguna comunicación entre informante y los sujetos bolivianos con quienes se efectuaría la transacción.

Testimonio del Subinspector Héctor Guenante Urzúa, quien señaló en estrados que el Jefe de la Brigada Antinarcóticos de Calama don Antonio Lecaros Díaz, lo nombró como agente encubierto en una diligencia de droga en la localidad de San Pedro de Atacama, del cual fue notificado con fecha 11 de diciembre del año 2002, acta que reconoce en la audiencia cuando le fuere exhibida, cuyo objeto era individualizar a los participantes y obtener los medios probatorios,

además se le indicó que debía concurrir con un informante en un vehículo a dicho lugar y apostarse frente a buses frontera, a fin de efectuar la transacción de droga por el móvil que ellos llevaban con unos sujetos de nacionalidad boliviana, que una vez entregada la droga debía realizar una señal a los colegas que servían de apoyo y lograr la detención de los mismos, es así que con fecha 12 de diciembre del mismo año, con los inspectores Marcelo Urrea Caro, Wladimir Benavides Bastías y el detective Eduardo Gatica Duarte concurrieron a dicho poblado, él conducía la camioneta y también los acompaña el informante, con quien él se quedó en el móvil a la espera de los sujetos, quienes llegan al lugar, se suben a la camioneta, en su interior conversan con el informante y preguntaron si era esa la camioneta que se iba a cambiar, como también hablaron de las características de ella, en cuanto al año, modelo, una vez que estaban de acuerdo, una de las personas manifestó no portar la droga, por lo que él se ofreció a acompañarlo, ya que en un comienzo iban a ir las dos personas bolivianas, y por temor a que se escaparan, él se ofreció, dirigiéndose hacia una cancha de fútbol ubicada cerca de la sede de la Conadi, en dicho lugar esperó unos minutos a esta persona quien regresó con una mochila, en cuyo interior había dos paquetes envueltos en huincha color café, cuyo olor era característico al de pasta base de cocaína, regresan al sector donde estaba la camioneta, de la cual se baja la otra persona boliviana y el informante, y se reúnen los cuatro en el pick-up, donde abren nuevamente la mochila y revisan su contenido, agregando que la persona que se quedó en el móvil estaba muy nerviosa y lo único que hacía era pedirle las llaves del vehículo, una vez verificada la existencia de droga, efectuó la señal previamente acordada con sus colegas y entregó las llaves a esta persona que se las pedía, para luego con el informante retirarse del lugar, siendo los sujetos detenidos por el personal de apoyo de la Policía de Investigaciones. Agrega que estaban en conocimiento de este tipo de operaciones en cuanto a cambiar camionetas robadas por droga y que en este caso, eran al parecer dos kilos de pasta base de cocaína. Contrainterrogado por la defensa señala que en el trayecto de Calama a San Pedro el informante no llamó a nadie ni tampoco cuando llegaron a esa localidad ni en la reunión previa que se hizo en Calama donde se acordó el lugar y hora de la transacción, información que siempre manejó el Inspector Marcelo Urrea, además no sabe de donde sacó la mochila con droga la persona de nacionalidad boliviana, pero que tardó como cinco minutos en ir y volver, que sólo con el aroma verificó que era droga y efectuó la señal acordada, para así lograr la detención de los involucrados.

SEXTO: Que además la fiscalía ha rendido prueba documental, consistente en un set de fotos que muestran la droga incautada como también informe pericial suscrito por don Julio Maldonado Cid, como Jefe Subrogante del Subdepartamento Químico Analítico del Instituto de Salud Pública, cuya analista fue la químico farmacéutico Elizabeth Amstrong, informe que se incorporó a la audiencia mediante la declaración en estrado de ésta última, quien señaló que le correspondió analizar dos muestras de color beige N°6927-A y 6927-B, las que arrojaron resultado positivo a la existencia de cocaína base con una valoración del 83% y 65% respectivamente. Agrega que puede existir un margen de error desde el punto de vista cuantitativo del 3%, en cuanto a la pureza, pero no cualitativo, es decir, la sustancia es cocaína base, respecto a la cadena de custodia indica que a ella le llegan las muestras de su jefe directo en sobre sellado y ella personalmente lo abre, por lo que lo que se manipula es el sobre y no su contenido. Contrainterrogada por la defensa señala que ella no conoce los antecedentes del caso, ya que debe ser objetivo su análisis, por lo que sólo le llega un sobre del Servicio de Salud con un sello donde se indican las muestras que éste contiene y eso ella lo verifica, lo que en el caso era cocaína base y que corresponde a lo que ella analizó.

SEPTIMO: Que el acusado, Leandro Camata Ramos, renunciando a su derecho a guardar silencio, señaló que conoció a Jerónimo (Informante) en San Pedro y que cuando estaba en Bolivia éste lo llamó y le insistió en que trajera droga, por eso se vino de Uyuni en bus, trayecto en el cual conoció a Eulogio Bernal Salvatierra, ambos llegaron a Iquique, luego a Calama y finalmente a San Pedro de Atacama, lugar donde pernoctó el la habitación que Eulogio arrendaba en la Población Licancabur, ya que como él no tenía donde llegar, le solicitó que lo alojara, lo que él aceptó, al día siguiente se dirigió a Calama donde se encontró con Jerónimo, regresa a San Pedro y el día 11 de diciembre, esta persona lo llama y le dice que la camioneta ya estaba lista, pero como él la droga la tenía en San Pedro, se ponen de acuerdo en que

se encontrarían frente a los buses frontera, estando Jerónimo en ese lugar lo llama nuevamente y él le pide a Bernal que lo acompañe, quien no tenía conocimiento alguno de lo que iba a ocurrir, en el lugar acordado se encuentra con Jerónimo quien estaba con un amigo que le presentó como su cuñado, dejando la droga en un potrero, la cual va a buscar con ésta persona, a quien dejó en un jardín infantil, no fue con Eulogio Bernal, porque no quería que éste se enterara de lo que iba a suceder, retiró la droga y regresó, volviendo juntos a la camioneta, Jerónimo se baja y le entrega el paquete de la cual saca un poco de droga para hacer la prueba, pero como venían dos personas, la guardó y el amigo le hace entrega a él de las llaves, luego él llama a Bernal que siempre estuvo más atrás, en la esquina, incluso cuando fue a buscar la droga, siendo posteriormente detenidos. Agrega que conocía de vista a Bernal hace seis años, que entró a Chile el 9 de diciembre por pasos legales y que al día siguiente en la tarde ya estaba en Calama, dirigiéndose inmediatamente a San Pedro. Señala que lo llamó Mario quien le entregó la droga, que correspondían a dos kilos de pasta base de cocaína envueltos en cinta y bolsa plástica, él debía entregar la droga, recibir la camioneta, llevarla a Bolivia por el paso Jama y pasársela a Jorge Torres, que es la persona que hizo el contacto desde Uyuni y que le pagaría U$300, pero que no sabía que la camioneta era robada. Agrega que la droga nunca estuvo en la pieza de Eulogio, sino que cuando Mario se la entregó, en la Punta de Diamante, él la guardó en un potrero, pero no en la pieza puesto que Eulogio no sabía nada, incluso él le dijo que venía a trabajar a San Pedro. Señala que él llamó cuatro veces a Jerónimo desde que entró a Chile, y éste le dijo que viniera a Calama. Cuando conversaban no utilizaban la expresión droga, por lo que Eulogio nunca escuchó nada ni sabía lo que contenía la mochila; cuando se juntó con Jerónimo, la camioneta era conducida por el cuñado y Jerónimo estaba de copiloto, pero que cuando él llega, ambos se bajan y conversan fuera de la camioneta, luego con el cuñado va a buscar la droga.

OCTAVO: Que las declaraciones de los testigos y perito presentados provienen de personas que presenciaron los hechos a que se refieren, que impresionaron a los jueces como capaces de percibirlos y apreciarlos por sus sentidos, siendo veraces y creíbles, razón por la cual este Tribunal acoge plenamente la prueba rendida por el Ministerio Público y que no fue controvertida por prueba alguna en contrario durante la audiencia.

Por lo expuesto y apreciando con libertad la prueba rendida, según lo permite el artículo 297 del Código Procesal Penal, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, se tiene por acreditado más allá de toda duda razonable, que el día 12 de diciembre del año 2002, aproximadamente a las 02:00 horas, funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, en circunstancias que tenían conocimiento de que se efectuaría una transacción e intercambio de droga por una camioneta por un sujeto boliviano en la localidad de San Pedro de Atacama, efectuaron un operativo, ubicándose en un móvil frente a los buses frontera, un agente encubierto con un informante, mientras que otros funcionarios servían de apoyo, observando a dos sujetos que se dirigieron a dicho vehículo, ingresaron a él, posteriormente dos personas descienden para luego regresar, una de ellas con una mochila en cuyo interior había droga, efectuando el agente encubierto la señal previamente acordada, entregando a uno de los sujetos las llaves de la camioneta, perfeccionado de esta manera la permuta, para luego los funcionarios de apoyo proceder a la detención de los sujetos, observando que al interior de la mochila habían dos paquetes con cinta color café, que contenían pasta base de cocaína, hechos que son constitutivos del delito de tráfico ilícito de estupefacientes descrito y sancionado en los artículos 1° y 5° de la Ley 19.366, toda vez que no contaban con la competente autorización ni justificaron que estuviera destinada a su uso personal, exclusivo y próximo en el tiempo.

NOVENO: Que en cuanto a la participación del acusado Leandro Camata Ramos en calidad de autor en los hechos imputados, ha quedado acreditada con los dichos de los funcionarios de la Policía de Investigaciones Inspectores Marcelo Urrea Caro, Wladimir Benavides Bastías, Subinspector Héctor Guenante Urzúa y detective Eduardo Gatica Duarte quienes lo reconocieron en la audiencia como la persona que el día de los hechos fue a buscar la mochila que en su interior contenía la droga y que le entregó la misma al agente encubierto, siendo posteriormente detenido.

DÉCIMO: Que en cuanto a la participación del acusado Eulogio Bernal Salvatierra en los hechos imputados, ha quedado acreditada con los dichos de los Inspectores Marcelo Urrea Caro, Wladimir Benavides Bastías, Subinspector Héctor Guenante Urzúa y detective Eduardo Gatica Duarte quienes lo reconocieron en la audiencia como la persona que el día de los hechos siempre estuvo presente en la transacción y fue a quien el agente encubierto hizo entrega de las llaves de la camioneta que se estaba cambiando por la droga, por lo tanto su actuar se encuadra en lo previsto en el artículo 16 del Código Penal, correspondiéndole participación en calidad de cómplice, dado que con la ejecución de un acto simultáneo, accionó a que se perfeccionara el ilícito, más allá de su sola presencia física, con lo cual se descarta la tesis de la defensa en orden a absolverlo por no tener conocimiento, ya que ha quedado acreditado que siempre estuvo presente, incluso cuando se revisó la droga en el pick-up de la camioneta, por lo que no es verosímil lo señalado por la defensa, en cuanto a que no está acreditado éste elemento subjetivo, además el agente encubierto señaló que a él le hizo entrega de las llaves, previa exigencia de éste a que lo hiciera.

UNDÉCIMO: Que la institución del agente encubierto se encuentra definida en el artículo 34 de la ley de Drogas y fue puntualizada en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados indicándose que "es una técnica policial reconocida en la mayoría de los países, cuyo propósito es identificar a los participes y recoger las pruebas que en definitiva servirán para el proceso penal. Agregándose:"Siempre y cuando aquel no induzca a la comisión de un delito y no incurra en alguna en alguna infracción de tipo penal desde el punto de vista de la normativa general, pero nada dice la ley del ámbito de lo que les está permitido, son funcionarios policiales que ocultando su calidad de policía, se infiltran en una red criminal por encargo y con autorización de su servicio, sin el propósito de cometer un delito, sino que, con el de identificar a los partícipes o recoger las pruebas que servirán de base al proceso penal.

El funcionario de la Policía de Investigaciones Héctor Guenante Urzúa, que en el caso Sub-lite se constituyó como Agente Encubierto, cumplió con los requisitos establecidos en la ley para ello, y que son:

1.- Autorización de un superior jerárquico: Fue debidamente autorizado por su superior, según consta del documento acompañado por la fiscalía, de fecha 11 de diciembre del año 2002 suscrito por el Jefe de la Brigada Antinarcóticos don Antonio Lecaros Díaz, para que se infiltre en la presunta asociación ilícita, identifique a sus autores, cómplices o encubridores, y proceda a recoger los elementos de prueba correspondientes.

2.- Que no haya provocado o instigado el delito: Según lo que se ha acreditado la transacción fue acordada entre el informante y Leandro Camata, por lo que por parte del agente encubierto nunca hubo instigación engañosa y no puede reputarse provocación para cometer el delito, solo estuvo presente como cuñado del informante, según el relato del acusado Camata, y lo acompañó a buscar la droga, pero no tuvo mayor participación en el hecho

3.- Que se introduzca en organizaciones delictivas : En cuanto a la pretensión de la defensa de que la designación del agente encubierto, seria ilegal, ya que para esos efectos debe existir una *organización criminal* lo que en la especie no existe ya que solo se trata de una transacción entre personas, y no se han acreditado los supuestos antecedentes que tiene la fiscalía, en cuanto a que está siendo habitual que se roben camionetas para cambiarlas por droga Resulta a juicio de los jueces inadmisible, toda vez que se trata de una organización criminal, la cual obviamente por encontrarse fuera de la ley no poseen un carácter formal, por ende se desprende su definición de sus propios actos y en el caso en estudio existe un modus operandi dentro del cual se encuentran personas que forman una red que se conciertan para llegar a la transacción final, lo que también se acreditó con lo dicho por el acusado Camata en orden a que un tal Mario le entregó la droga, que se juntaría con Jerónimo para hacer la transacción y que en Bolivia debía entregar la droga a Jorge Torres, quien le pagaría. En todo caso, esta figura no depende del mayor o menor número de personas que la integren, ni tampoco de reglas estatutarias preestablecidas, ni de siglas o nominaciones expresas, ni de cualquier otro formalismo constituyente, es decir, tal concepto abarca una serie amplia de posibilidades dentro de un gran abanico en el que caben todos los supuestos en los que dos o más personas programen el propósito de desarrollar una idea

criminal aceptada y consentida fuera, desde luego, del mero concierto ocasional, ya que no se requiere de una asociación ilícita en los términos del artículo 22 de la ley de drogas. Para llegar a la conclusión anterior se debe recurrir en primer termino como método de interpretación legal, al elemento gramatical, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define como "un conjunto de personas con los medios adecuados que funcionen para alcanzar un fin determinado". A su vez, define la palabra "conjunto" como: aliado, unido a otro por un vinculo de parentesco o amistad. De lo relacionado se desprende que una organización puede estar constituida por dos o más personas con los medios adecuados, y estos medios necesariamente están dados por la realidad fáctica en donde se llevan a cabo las operaciones de la organización, es evidente en San Pedro de Atacama, lugar pequeño y de condición rural, el solo cumplimiento de las formalidades que señala la defensa para que esta exista la delataría, ya que es consubstancial a la existencia de una red de narcotráfico, en ese tipo de localidades, pasar desapercibida, atendido el origen étnico de sus habitantes, los limitados medios de vida con que cuentan atendido el entorno físico en donde conviven, de manera tal que cualquiera ostentación de medios materiales sería sospechosa.

4.- Que el nombramiento no sea permanente: lo que se cumple con lo señalado en la parte final del acta de designación incorporada en la audiencia, donde se dice que la presente designación sólo será efectiva en el tiempo que dure la referida diligencia, no pudiendo extenderse a otros procedimientos, que guarden relación con lo señalado en el punto primero de ésta resolución, que se refiere al conocimiento que tiene la Unidad Policial de que en la localidad de San Pedro de Atacama, ciudadanos de nacionalidad boliviana cambian droga por vehículos robados.

5.- Identificación de los partícipes del delito o las pruebas que servirán de base al proceso penal, lo que se logró conforme al resultado de la investigación, recogimiento de las pruebas necesarias y la detención de los autores.

En consecuencia, la prueba de cargo en su origen fue lícita y sirve a este Tribunal para alcanzar la conclusión condenatoria.

Que con lo anterior se descarta la tesis de la defensa en orden a que la prueba es ilícita y por ende este tribunal no puede valorarla, atendido a que no se cumplen con los requisitos para el nombramiento de agente encubierto, toda vez que no se trata de una organización delictual, que según la fiscalía estaría fundado en la existencia de numerosos antecedentes que dicen relación con el robo de camionetas que luego son cambiadas por drogas e ingresadas ilegalmente a Bolivia, lo que no se acreditó en la audiencia, puesto que a juicio de estos sentenciadores si se cumple con este requisito y por tanto se valora la prueba rendida por la fiscalía, la que ha logrado formar en el tribunal la convicción que se requiere, más allá de todo duda razonable, para dar por acreditado el delito y la participación de los acusados, en los términos ya señalados en los considerandos noveno y décimo.

DUODÉCIMO: Que, de la misma forma, se rechaza la alegación de la defensa en cuanto a que el informante también adolece de ilicitud, ya que él iba a cometer el delito, luego se arrepiente y decide colaborar, puesto que de conformidad al artículo 34 de la Ley 19.366, el informante es quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él, o que, sin tener la intención de cometerlo, y con conocimiento de dichos organismos, participa como agente encubierto, en los términos señalados para dicha institución, y con la prueba rendida en la audiencia ha quedado acreditado que ésta persona no ha inducido a cometer ningún delito y lo que hace es arrepentirse y colaborar con la acción de la justicia por lo que su actuar no adolece de ilicitud.

DÉCIMOTERCERO: Que, atendido a que el Ministerio Público reconoce en su acusación, la procedencia de la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, esto es, la irreprochable conducta anterior de ambos acusados, ésta se acogerá, accediendo con ello a lo solicitado por la defensa.

DÉCIMOCUARTO: Que no se acogerá la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, esto es, si ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, invocada por la defensa, respecto del acusado Leandro Camata Ramos, toda vez que no se dan los supuestos de dicha norma, ya que por el hecho de haber declarado y haber reconocido su participación, no puede decirse que esto constituye una cooperación sustancial destinada a esclarecer los hechos, atendido además la existencia de un delito flagrante, es decir, con su declaración o sin ella, el tribunal igualmente habría llegado a la misma

convicción, atendida las demás pruebas existentes, por lo que la cooperación del acusado, no tiene el carácter de sustancial, requisito que exige esta atenuante para que concurra.

DECIMOQUINTO: Que, respecto de Leandro Camata Ramos, en su calidad de autor del ilícito, siendo la pena asignada al delito de tráfico ilícito de estupefacientes dos grados de una pena divisible, esto es, la de presidio mayor en sus grados mínimos a medios y multa de cuarenta a cuatrocientas Unidades Tributarias Mensuales, concurriendo una atenuante y ninguna agravante, atendido lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal, se aplicará la pena establecida en la Ley 19.366 en su grado mínimo.

DÉCIMOSEXTO: Que el Tribunal dentro del grado de pena antes establecido determinará la cuantía de la misma, conforme a la extensión del mal causado, imponiéndose ésta en su parte inferior por estimarla más condigna con la forma en que se desarrollaron los hechos y por tratarse el ilícito de un delito de peligro y no de daño.

DÉCIMOSEPTIMO: Que respecto de Eulogio Bernal Salvatierra, en su calidad de cómplice del ilícito, de conformidad al artículo 51 del Código Penal, se le impondrá la pena inmediatamente inferior en grado al señalado por la ley, en su parte inferior, por parecer más condigna con el hecho y por tratarse de un delito de peligro, quedando en presidio menor en su grado máximo

DÉCIMOCTAVO: Que teniendo presente los antecedentes sociales de los acusados e informes socio-económicos efectuados por la Asistente Social Verónica Valenzuela Fuenzalida, incorporados mediante su declaración en la audiencia, que demuestran que son personas con educación básica, de escasos recursos económicos no contando con ingresos propios a lo cual se agrega que cumplirán de manera efectiva la pena que se les impone, de conformidad al artículo 39 de la Ley 19.366, se les eximirá del pago multa señalada en la referida ley, como también de las costas de la causa.

DÉCIMONOVENO: Que en atención a la pena que se aplicará a los acusados, no se le concederá ninguno de los beneficios alternativos establecidos en la ley 18.216, por no reunir los requisitos para ello.

Por estas consideraciones y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 5º, 34, 39 y 40 de la Ley Nº 19.366, artículo 1° del Decreto Supremo Nº 565, del Ministerio de Justicia; artículo 215 de la Ley 18.290 sobre tránsito; artículos 1º, 11 N°6 y 9, 14 Nº 1º, 15 Nº 1º, 16, 21, 22, 24, 25, 26, 28, 29, 47, 50, 51, 58, 68, 69, 70 y 76 del Código Penal; artículo 4° de la Ley 18.216 y en los artículos 1, 45, 46, 47, 259, 275, 277, 281, 295, 296, 297, 306, 307, 309, 314, 315, 319, 323, 325, 328, 329, 330, 333, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 348 y 484 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que se **condena** al acusado **LEANDRO CAMATA RAMOS**, ya individualizado, a la pena de *CINCO AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO* por su participación en calidad de autor del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes, cometido el día 12 de diciembre del año 2002, en la localidad de San Pedro de Atacama; se le condena, asimismo, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares, durante el tiempo de la condena.

II.- Que se **condena** al acusado **EULOGIO BERNAL SALVATIERRA**, ya individualizado, a la pena de *TRES AÑOS Y UN DÍA DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÁXIMO*, por su participación en calidad de cómplice del delito consumado de tráfico ilícito de estupefacientes, cometido el día 12 de diciembre del año 2002, en la localidad de San Pedro de Atacama; se le condena, asimismo, a las penas accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

III- Que de conformidad al artículo 39 de la Ley 19.366 se exime a ambos sentenciados del pago de la multa contemplada en el artículo 1° de la mencionada ley, como asimismo de las costas del juicio.

IV.- Que en atención a la extensión de la pena aplicada y conforme el Art. 40 de la ley 19.366, no se le concede a Leandro Camata Ramos ninguno de los beneficios contemplados en la ley N° 18.216, por lo que deberá cumplir la pena corporal en forma efectiva, contándose su cómputo desde el día 12 de diciembre del año 2002, fecha desde la cual ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad, conforme se infiere del auto de apertura del juicio oral.

V.- Que en relación a Eulogio Bernal Salvatierra, de conformidad al artículo 4° de la Ley

18.216, atendida la pena impuesta, no se le otorgará el beneficio de la remisión condicional de la pena, y por disposición del artículo 40, ya indicado tampoco corresponde otorgarle ningún otro de los beneficios alternativos contemplados en dicha ley, por lo que también deberá cumplir la pena corporal en forma efectiva, contándose su cómputo desde el día 12 de diciembre del año 2002, fecha desde la cual ha permanecido ininterrumpidamente privado de libertad, conforme se infiere del auto de apertura del juicio oral.

Ejecutoriada la presente sentencia dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República, al Servicio Electoral, al Servicio de Registro Civil e Identificación, al Registro Nacional de Conductores y al Centro de Cumplimiento Penitenciario de CALAMA a quienes se le deberá adjuntar copia de esta sentencia con el atestado de encontrarse ejecutoriada.

Redactada por la Juez IRMA TAPIA VALDES.

Regístrese, comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Calama para su cumplimiento, hecho archívese.

Pronunciada por los Jueces Titulares del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama doña IRMA TAPIA VALDES, don FRANCO REPETTO CONTRERAS y don JAIME MEDINA JARA.

- **Condena al acusado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales y costas de la causa como autor del delito de robo con violencia.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de robo con violencia. Alegó, también, la concurrencia de la agravante del artículo 456 bis número 3 del Código Penal. La Defensa solicitó su absolución, y en subsidio solicitó la recalificación a robo por sorpresa. El Tribunal estimó que el uso de la violencia se acreditó, así como que su fin fue arrebatar. Expresó que habiéndose comprobado que la violencia ejercida, así como las lesiones provocadas, no fueron una consecuencia del arrebatamiento, sino el medio para facilitarlo, la correcta calificación jurídica de los hechos es la de un robo con violencia. Finalmente, respecto de la agravante invocada por el Ministerio Público, la desestima en atención a que el juicio sólo se siguió contra un imputado, no habiéndose acreditado, entonces, la participación de un tercero a quien protege la presunción de inocencia.

Texto completo:

Calama uno de agosto del año dos mil tres.

VISTOS, Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, ante este tribunal de juicio oral de la ciudad de Calama, integrada por los Jueces, doña **Irma Tapia Valdés**, don **Franco Repetto Contreras** y doña **Carla Troncoso Bustamante** se llevó a efecto con fecha 28 de julio del año 2003 la audiencia de juicio oral relativa a la causa RIT N° 22-2003 seguidos contra don **Julio Valdivia Oyarce**, chileno, ayudante de cocina, Cédula de Identidad N° 13.701.134-4, domiciliado para estos efectos en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Antofagasta.

Representó al Ministerio Público don **Luis Vacca Soria** y don **Eduardo Peña Martínez**, ambos abogados, domiciliados en Granaderos 2205, Calama. La defensa estuvo a cargo de don **Osvaldo Valenzuela Contreras**, con domicilio en Latorre 1760 segundo piso, de esta ciudad.

SEGUNDO: Que la acusación conforme al auto de apertura es la siguiente, los hechos tuvieron lugar el día 4 de Febrero del 2003, aproximadamente a las 10:45 hrs., en circunstancias de que Alicia Del Carmen Riquelme Ibáñez, transitaba por calle Vargas con dirección hacia el centro de la ciudad, recibe un llamado telefónico vía celular de su hermano y a la imputada que vienen caminando directo hacia ella. Mientras ella hablaba por teléfono el imputado le arrebata el celular, la víctima opone resistencia y el imputado la empuja hacia una muralla de la calle, golpeándose la cabeza, la espalda y cayendo al piso. Acto seguido la imputada procede a darle patadas mientras la víctima permanecía en el suelo, se abalanza sobre ella, la toma del pelo y comienza a azotar su cabeza en el suelo, le propina arañazos en el rostro y mientras sucedía esto, el imputado trataba de sustraerle un reloj, lo cual no pudo efectuar, sin embargo a raíz del forcejeo le causó lesiones en la mano izquierda, lo que si logra arrebatarle es la cartera de color negro que la víctima llevaba cruzada y en la cual portaba la suma de $40.000 (cuarenta mil pesos), documentos varios, su cédula de identidad.

Posteriormente, ambos imputados se dan a la fuga, concurren a auxiliar a la víctima dos sujetos, el Sr. Juan Vergara Funes y su hijo Juan Vergara Araya, los cuales presencian el hecho, llaman al 133 de Carabineros e informan a la policía lo sucedido, las características físicas, vestimentas de ambos imputados, y que éstos habían abordado una micro de color amarillo, la cual transitaba por calle Vargas con dirección hacia el centro de la ciudad, informándoles que incluso ésta iba a pasar frente a la Prefectura de Carabineros. CENCO envía al carabinero Rafael Faúndez, el cual manifiesta que persigue al micro, señalando que ésta va por calle Vargas con dirección hacia Balmaceda, el policía pide refuerzos, los cuales llegan y proceden a detener el vehículo en Av. Balmaceda con Antofagasta, se suben al interior del mismo, señalando que no van más de 8 pasajeros y que

ven a una pareja, los cuales concuerdan con las características físicas de las personas denunciadas, ven que la imputada está registrando una cartera de color negro y al ver la presencia policial la arroja al suelo, a sus pies, ambos imputados se ponen nerviosos, los policías se acercan ven la cartera, incluso el carné de identidad de la persona que había sido asaltada, se procede a la detención de ambos imputados, se encuentra en el bolsillo del pantalón del imputado un celular marca Nokia que fue reconocido por la víctima como de su propiedad, encontrándose sólo parte del dinero que la víctima manifestó que portaba en su cartera.

La víctima es trasladada al hospital donde se le constatan lesiones de carácter menos graves y que consisten en poli contusiones, hematoma cuero cabelludo, erosiones en el brazo derecho y en la pierna izquierda, sin perjuicio de que registra marcas en su rostro, luego concurre a la Comisaría donde reconoce las especies que portaban los imputados, la cartera de color negro, junto con sus documentos y el celular marca Nokia de su propiedad*.*

TERCERO : Que, en este juicio el Ministerio Público le ha imputado a don Julio Valdivia Oyarce los hechos reseñados en el motivo segundo de esta sentencia como constitutivos del delito de robo con violencia, descrito y sancionado en los artículos 432, 433 inciso 1° y 436 inciso 1° del Código Penal, perpetrado en grado de consumado y atribuyéndole en él participación en calidad de autor de conformidad lo dispone el artículo 15 N° 1 del Código Punitivo.

En cuanto a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, el Ministerio Público sostiene no beneficiarle al acusado Valdivia Oyarce ninguna atenuante y, estima concurrente la agravante del artículo 456 bis. N° 3 del Código Penal.

La pena que solicita el Ministerio Público para el caso que el acusado Valdivia Oyarce sea condenado, es la de 10 años y 01 día de presidio mayor en su grado medio, más las penas accesorias del artículo 28 del Código Penal y las costas del juicio.

CUARTO: Que, el Ministerio Público ratificó en la audiencia el contenido de su acusación, ofreciendo acreditar los fundamentos de hecho de la misma, promesa que, en su alegato de clausura, estimó cumplida haciendo un análisis pormenorizado de la prueba rendida y que en su concepto acreditan el hecho punible y la participación del acusado

QUINTO: Que, en su alegato de apertura la defensa señala que durante el juicio no se podrá acreditar la participación culpable de su defendido en el ilícito por el que se le acusa, podrán, según él, establecerse otros ilícitos penales pero en ningún caso el delito por el cual fuera acusado don Julio Valdivia Oyarce, solicitando su absolución.

SEXTO: Que, a juicio de este Tribunal el problema central en el caso materia del presente juicio, consiste en determinar la existencia del delito de Robo con Violencia, en los términos establecidos en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, con relación al artículo 432 y 439 del mismo cuerpo legal, esto es, en este caso específico, apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse, usando violencia en las personas, sin que concurran las circunstancias especiales contempladas en el artículo 433 del Código Penal.

En segundo término, que en los hechos le ha correspondido al acusado participación en calidad de autor.

Ambas circunstancias fueron el objeto de la prueba rendida en esta audiencia.

SÉPTIMO: Que, las partes acordaron tener por probados de conformidad con el artículo 275 del Código Procesal Penal lo siguiente: que Julio Valdivia Oyarce fue condenado por sentencia firme el 20 de mayo de 1998, por el Juzgado del Crimen de San Miguel, en causa rol N° 19/1998, a la pena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, otorgándosele la remisión condicional.

OCTAVO: Que, el Tribunal apreciando con libertad la prueba rendida durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral, según lo permite el artículo 297 del Código Procesal Penal, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de las experiencias y los conocimientos científicamente afianzados, tiene por acreditado, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos: que en horas de la mañana del día 4 de febrero de año 2003 mientras la víctima transitaba por calle Vargas en dirección al centro de esta ciudad fue interceptada por dos personas, una de las cuales- el acusado- forcejea con ella para arrebatarle un celular y ante su resistencia la empuja contra la pared, provocándole un esguince leve cervical, ella cae y estando en el piso ambos sujetos comienzan a propinarle golpes a fin de sustraerle otras especies, específicamente el acusado le provoca lesiones en uno de sus brazos para arrebatarle un

reloj, lo que no consigue pero sí logra despojarle la cartera que portaba la afectada, la que en su interior contenía diversas especies, para luego emprender la huida abordando un vehículo de locomoción colectiva, siendo posteriormente interceptado por carabineros lográndose su detención, encontrando parte de las especies, específicamente en poder del acusado el celular de doña Alicia Riquelme Ibáñez.

NOVENO: Que, para el establecimiento de los hechos antes referidos, el Tribunal tuvo en consideración las siguientes pruebas incorporadas en la audiencia de juicio oral, con las consideraciones que se dirán en su caso:

A) En cuanto a la sustracción de la especie mueble ajena con ánimo de lucro.

Esta resultó acreditada, en virtud de los siguientes antecedentes:

a) Declaración de la víctima doña **Alicia Del Carmen Riquelme Ibañez**, dueña de casa, cédula de identidad 9.245.784-2, quien señala que el día 4 de febrero del año 2003, mientras se dirigía al centro de la ciudad por calle Vargas, al llegar a esquina de Santa María venía un hombre y una mujer, el varón le quita el celular, y como no pudo tomarlo bien le dio un empujón arrojándola contra la pared golpeándose en su cabeza y espalda, quitándole el teléfono, ella cae al suelo y la mujer se le tira encima comenzando a golpearla y a insultarla, mientras el hombre trataba de sacarle el reloj enterrándole las uñas para lograrlo, provocándole lesiones en su brazo, como no pudo efectuarlo, le arrebató la cartera con diversas especies en su interior tales como una lapicera, un monedero, cédula de identidad, etc. Tras lo ocurrido los dos arrancan y ella es auxiliada por una persona que se encontraba cerca del lugar quien estaba comunicándose con Carabineros, por lo que ella le indica a éstos que había sido objeto de un asalto, estaban en eso, cuando otra persona que pasaba por el lugar le señala que los autores del delito se habían subido a un microbús en dirección al centro. Después de hablar con la Policía, ella se dirigió a la posta para constatar las lesiones que había sufrido siéndole recetado unos remedios para sanar las heridas, en ese lugar también pudo observar a la mujer que la agredió quien estaba con Carabineros en ese lugar, uno de los Policías se dirigió a ella exhibiendo su cédula de identidad que estaba ya en poder de ellos, acto seguido se dirigió a la Comisaría a estampar la denuncia, siendo nuevamente acompañada por la persona que le prestó ayuda, en ese lugar Carabineros la llevó a reconocer sus cosas, ya que detenidos el acusado y su acompañante, reconoció, su cédula de identidad, su cartera, su billetera, un monedero y una lapicera, faltaba el celular, por lo cual un Carabinero se dirigió al interior de la Comisaría regresando con él indicándole que estaba en poder del acusado, ella lo reconoce porque en el teléfono estaban grabados en su memoria los números de diversas personas conocidas, comprobando que era de su propiedad, especies que también reconoce en la audiencia a través de las fotografías que le fueron exhibidas.

b) Asertos del testigo **Juan Manuel Vergara Funes**, cédula de identidad N°9.239.824-2, quien señala que el día de los hechos él se encontraba junto a su hijo Juan Vergara Araya, comprando unos repuestos en calle Vargas, y cuando estaba en eso sintió unos gritos, asomándose, pudiendo observar a una mujer en el suelo y que dos personas la agredían, un hombre y una mujer, uno de ellos la pateaba y la otra estaba agachada tapándole la boca, el hombre le arrebató la cartera y al acercarse, los agresores emprendieron la huida al poniente, abordando una micro de color amarillo que iba en dirección al centro, el llamó por celular a Carabineros señalándole lo ocurrido, ellos le responden que traslade al Hospital a la afectada para tratar sus heridas, en ese lugar estaba Carabineros y uno de los Policías le mostró a la víctima su cédula de identidad, ya que en ese lugar también se encontraba detenida la agresora, posteriormente la llevó a la comisaría para que hiciera la denuncia, llegando también en esos momentos las personas que la habían asaltado siendo ingresados éstos al interior, los Carabineros le mostraron a la víctima su cartera, indicándole ésta que faltaba su celular, un Carabinero entra donde estaban los detenidos y regresa con un celular, indicándole ella que este era de su propiedad ya que en él estaban registrados números de personas conocidas que ella había grabado, el Carabinero Cifuentes Olivero le mencionó a la víctima que dicho aparato estaba en poder del acusado.

c) Testimonios de **Juan Mauricio Vergara Araya**, cédula de identidad N°14.585.734-1, estudiante, quien ratifica los dichos del testigo anterior señalando que el día de los hechos se encontraba junto a su progenitor comprando unos

repuestos en un local de calle Vargas, el se encontraba afuera del establecimiento sentado en el interior de la camioneta de su padre, cuando pudo observar a una pareja que estaban con una señora que se encontraba en el suelo, el pensó que la señora estaba desmayada, pero al ver mejor pudo determinar que trataban de arrebatarle sus cosas logrando el sujeto quitarle una cartera, emprendiendo la huida, él junto a su padre se acercan y ven a la señora herida, por lo que la llevan en primer término a la posta y posteriormente a la Comisaría, a ese lugar llegan también los agresores detenidos, ella los identifica, logrando de igual modo, reconocer la cartera de su propiedad que Carabineros le exhibe, junto con las cosas de su interior, indicándole la víctima que faltaba su celular, uno de los carabineros ingresa y trae uno, que según le señala estaba en poder del acusado.

d) Declaración de los funcionarios aprehensores, Cabo 2° **Rafael Alfonso Faúndez Larraín**, cédula de identidad 12.437.022-1 y Cabo 2° **Víctor Daniel Cifuentes Olivero**, cédula de identidad 12.022.853-6, ambos domiciliados en calle Av. Granaderos Nº 2490 de esta ciudad, señalando que el día de los hechos, el primero de ellos se encontraba efectuando un patrullaje en moto todo terreno, cuando recibió un llamado de la Central de Comunicaciones de Carabineros, informándole que en Vargas esquina Santa María habían asaltado a una mujer robándole una cartera, un celular y que según testigos, los autores eran un hombre y una mujer jóvenes, el primero de los cuales vestía una jardinera de jeans y la mujer vestía pantalones de mezclilla y tenía pelo rojizo, se le informó que ambos habían subido a un microbús en dirección al centro de la ciudad, por lo que procedió a ubicar dicho vehículo, logrando dar con él, en la intersección de Vargas con Vivar procediendo a seguirlo, no sin antes solicitar apoyo a otras unidades policiales que se encontrasen en las cercanías del lugar, es así, que en calle Balmaceda aparece el Cabo Víctor Cifuentes Oliveros, jefe de la sección motos todo terreno, acompañándolo en el seguimiento, llegando también al lugar un Cuartel Móvil de Carabineros procediendo a detener el autobús en calle Balmaceda esquina Antofagasta. Ambos Policías se suben y se dirigen al par de jóvenes que respondían a las características que habían sido denunciadas, el hombre advirtió a la mujer de la presencia policial lanzando ésta algo al piso, pudiendo observar que se trataba de una cartera, procediéndose a su detención conforme a la denuncia efectuada. La cartera tenía documentación varia, diversas tarjetas de crédito y una cédula de identidad perteneciente a una mujer. Trasladaron a ambos detenidos al Hospital de Calama, para los efectos de constatar lesiones de éstos, al llegar a ese lugar, testigos le señalaron que la víctima se encontraba atendiéndose en un box médico reconociendo ella en forma inmediata su cédula de identidad, señalándole que debía trasladarse a la Comisaría para el procedimiento de rigor, con relación a los detenidos los llevaron a la Comisaría, y en ese lugar, al que posteriormente llegó la denunciante, le mostraron todas las especies encontradas en el autobús, las que reconoció en su totalidad como de su propiedad señalándoles que le faltaba un celular marca Nokia color negro, en ese momento el Cabo Cifuentes ingresó al calabozo preventivo y procedió a registrar al acusado encontrándole en uno de sus bolsillos un teléfono celular el que fue reconocido por la víctima como de su propiedad, ya que en él se encontraban registrados números telefónicos pertenecientes a familiares y amistades, posteriormente llevan a los detenidos a una sala contigua siendo reconocidos a través de un vidrio tanto por la víctima como por los testigos.

e) Dichos de don **Olegario Elías Ardiles Ardiles**, chofer, cédula de identidad 7.667.252-0, quien señala que el día de los hechos se encontraba cumpliendo sus labores habituales de Chofer de Locomoción Colectiva, cuando en calle Aníbal Pinto esquina Vargas se suben al microbús que el conducía dos sujetos, un varón y una mujer jóvenes, pudo observar que el hombre sangraba de su mano derecha, el recorrido iba en dirección al centro de la ciudad, al pasar por las afueras de la Prefectura de Carabineros vio a dos policías que seguían el autobús, al llegar a la intersección de Antofagasta con Balmaceda una patrulla de Carabineros lo hizo detener y los dos Carabineros que le seguían suben al micro y se dirigen al asiento donde iban sentadas las dos personas, les hace bajar y le piden que él se levante para que observe los documentos y tarjetas de crédito que estas personas habían botado bajo uno de los asientos, informándole la Policía que dichas personas habían participado en un asalto de una mujer.

f) Incorporación de **Set de 3 fotografías** correspondientes a las especies sustraídas a la víctima las que fueron reconocidas por ésta como de su propiedad al serle exhibidas.

B)En relación con la violencia empleada contra la víctima en los términos del artículo 439 del Código Penal

Se encuentra acreditada a Juicio de este Tribunal con:

a) Las declaraciones de la propia víctima doña **Alicia Riquelme Ibáñez** quien señaló que el acusado al no poder arrebatarle el celular que ella portaba, la empuja contra una pared golpeándose en su cabeza y espalda, quitándole el teléfono, y estando ella en el suelo le provoca además una lesión en uno de sus brazos con el objeto de apoderarse de un reloj, lo que finalmente no logra, lo anterior es sin perjuicio de otras lesiones causadas por un tercero que acompañaba al acusado.

b) **El Certificado médico de atención de urgencia** respecto de la víctima, expedido por el Hospital Carlos Cisternas, de 04 de febrero de 2003.

c) Las declaraciones del perito **Rodrigo Meza Inostroza**, médico legista, cédula de identidad 10.740.310-8, domiciliado en el Hospital Carlos Cisternas, Carlos Cisternas S/N, Calama, quien señala que le correspondió atender a la víctima de este delito, con fecha 13 de febrero del año 2003. Como antecedentes tuvo a la vista el hecho de que la afectada había sido agredida por terceros mientras era asaltada en la vía pública, siendo atendida de urgencia en el Hospital de Calama, las conclusiones del examen fueron una excoriación en la región facial derecha, una equimosis en el brazo derecho, un esguince leve en el dedo pulgar izquierdo y un esguince cervical, siendo estas lesiones compatibles con el relato de la víctima y fueron catalogadas de mediana gravedad, estimándose en 10 días el período de recuperación.

d) **Un Set de 07 fotografías** correspondientes a doña Alicia Del Carmen Riquelme Ibáñez, que grafican las lesiones sufridas por ésta el día que se habría perpetrado el delito materia de la acusación las que se incorporaron a través de su exhibición al perito y a la víctima.

DÉCIMO: Que, el Ministerio Público hizo declarar a **Pablo César Cortés Cortés**, Carabinero, cédula de identidad 13.745.881-0, testigo que declaró sobre un croquis y un set fotográfico de 22 fotografías del sitio del suceso, los que al no ser exhibidos en la audiencia el tribunal no pudo formarse una opinión y conocimiento de aquel, por lo que sus dichos nada pueden aclarar al respecto, por lo que serán desestimados como medio de prueba.

UNDÉCIMO: Que, la Defensa, no rindió prueba alguna destinada a desvirtuar los cargos realizados por el Ministerio Público, limitándose a contra-interrogar a los testigos presentados por la fiscalía.

DUODÉCIMO: Que, las declaraciones de los testigos referidos en los apartados anteriores, provienen de personas que presenciaron los hechos o que tomaron conocimiento del mismo, en forma próxima a su ocurrencia, que impresionaron a los jueces como capaces de percibirlos y apreciarlos por sus sentidos, por eso aparecen como veraces y creíbles. El rigor en los detalles y circunstancias que rodearon el hecho, hacen que la versión de la víctima sea altamente confiable y verosímil, lo que es además concordantes en lo pertinente, con lo declarado por los Carabineros, quienes a su vez, no incurrieron en contradicciones de importancia dando una versión pormenorizada de los hechos en que intervinieron, con una secuencia lógica lo que da fe a su relato, razón por la cual este Tribunal acoge plenamente la prueba rendida por el Ministerio Público, como quiera que no fue controvertida por prueba alguna en contrario durante la audiencia encontrándose ésta acorde y en armonía, además, con la prueba material adjuntada por la Fiscalía.

DECIMOTERCERO: Que, los hechos establecidos, en el considerando octavo tipifican el delito robo con violencia previsto y sancionado en el artículo 436 con relación al artículo 439, ambos del Código Penal al concurrir copulativamente cada uno de los elementos que lo constituyen: ***apropiación***, esto es, "...la sustracción de una cosa de la esfera de resguardo de una persona con el ánimo de comportarse de hecho como propietario de ella...", toda vez que el acusado tomó las especies, retirándose del lugar con ellas; ***cosa mueble***, definida en nuestro ordenamiento jurídico como aquellas que pueden transportarse de un lugar a otro mediante el uso de una fuerza externa, en este caso el teléfono celular y la cartera***; cosa ajena***, es decir, aquellas respecto de las cuales una persona distinta del hechor, detenta la propiedad o la posesión, que en el caso sub examine la propiedad del teléfono celular sustraído corresponde a una

persona distinta del acusado cuya preexistencia y dominio fluyen de la declaración de la víctima quien, en la audiencia, las reconoció como de su propiedad, al serle exhibidas un set de 3 fotografías correspondientes a las especies sustraídas, las que se incorporaron como prueba en el presente juicio; ***sin la voluntad de su dueño***, expresión que significa actuar no sólo sin el consentimiento sino también contra la voluntad del propietario o poseedor de la cosa, toda vez que ha quedado demostrado en el juicio que la especie le fue sustraída a la víctima contra su voluntad, ya que se tuvo que reducirla y golpearla para lograr su propósito; ***ánimo de lucro***, el cual se puede colegir del hecho de la sustracción, bastando que se tenga en vista al ejecutar la acción, sin que requiera de un enriquecimiento real; finalmente***, la violencia***, que conforme al artículo 439 del Código Penal, la constituye los malos tratamientos de obra, ya sea para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas o para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda forzar la manifestación o entrega. Que en el caso sub júdice ésta se configura por el hecho que la víctima fue atacada por el acusado, quien la empujó hacia una muralla para luego caer al suelo provocándole lesiones, situación que aprovecha el acusado para sustraerle el teléfono, además, le ocasionó lesiones en uno de sus brazos para arrebatarle un reloj lo que no consiguió, logrando sólo despojarla de su cartera, por lo que el empleo de fuerza física sobre ella, concuerda con lo preceptuado en el artículo 439 del Código Penal, en el sentido de que se debe entender por violencia, propia de este delito, a los malos tratamientos de obra, ya sea para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, para impedir la resistencia u oposición a que se quiten.

El ilícito descrito debe estimarse cometido en grado de consumado, toda vez que consta de la prueba ya analizada, que el autor efectivamente se apoderó del teléfono celular que portaba la víctima, sacándolo de la esfera de su protección, especie que fue recuperada más tarde, en otro lugar, al momento de la detención del acusado en poder de éste.

DECIMOCUARTO: Que, establecida la comisión del delito, corresponde justificar por qué se determinó participación en grado de autor al acusado, la misma surge de la imputación precisa, directa y categórica que efectúa la víctima en la audiencia quien lo reconoció en ésta como el individuo autor del ilícito que le afectó, con los dichos de Juan Vergara Funes y Juan Vergara Araya testigos presenciales del hecho y que también lo reconocieron en la audiencia como la persona que golpeó y sustrajo especies a la víctima, a lo anterior se suma las declaraciones de los funcionarios aprehensores, Rafael Alfonso Faúndez Larraín y Víctor Daniel Cifuentes Olivero, quienes también lo reconocieron en la audiencia como la persona que el día de los hechos fue detenido correspondiendo su descripción física y vestimenta a las que señalaron testigos a la Central de Comunicaciones de Carabineros como aquellas que pertenecían al individuo que intervino en el ilícito y que además, le encontraron dentro de sus vestimentas un teléfono celular perteneciente a la víctima, afectándole al mismo tiempo la presunción de autoría del artículo 454 del Código Penal, ya que no se justificó la legítima adquisición de la especie encontrada en su poder**.** Sobre los señalados reconocimientos categóricos y precisos la defensa del acusado no ha levantado duda razonable alguna.

DECIMOQUINTO :Que, con los antecedentes probatorios relacionados en el motivo que precede y que se aprecian libremente, permiten llegar a la convicción que al acusado **Julio Valdivia Oyarce** le ha correspondido una participación en calidad de autor en los hechos establecidos, por haber intervenido de manera inmediata y directa en su ejecución, tal como lo prescribe el artículo 15 N°1 del Código Penal lográndose desvirtuar la presunción de inocencia que lo amparaba.

DECIMOSEXTO: Que, la defensa en sus alegatos de clausura, estima que durante el juicio no se pudo acreditar que el acusado haya cometido el delito de robo con violencia en la persona de la víctima, toda vez que ninguno de los testigos pudo probar que el imputado haya ejercicio violencia contra la afectada, en el evento de existir fuerza, sólo existió un empujón contra ésta lo que permitió sustraer su teléfono, pero no para producir la sustracción del mismo, la violencia no es física, directa ni propia, no es la que requiere el tipo penal para que se materialice, por un lado la violencia no está relacionada con la sustracción de la especies sino producto de sustracción de la misma, sobre todo teniendo en consideración que según lo dicho por el perito que la lesión que esto produjo es tan leve que podría efectuarse por un accidente casero. La

eventual violencia que hay cabe dentro del delito de robo por sorpresa figura subsidiaria que debería aplicarse en caso de que el tribunal decidiese condenar por algún ilícito, agrega que la víctima no hizo un reconocimiento material de las especies, las que no fueron incorporadas en la audiencia a pesar de haberse recuperado estas por parte de la Policía, no hay cadena de custodia ni reconocimiento expreso ni hubo incorporación de éstas por lo que el tribunal no puede valorarlas para acreditar la sustracción de ellas, las fotos acompañadas fueron tomadas en la fiscalía y no en el lugar que fueron encontradas, ningún funcionario ha dado reconocimiento expreso de ellas ni mucho menos material por lo que no puede quedar constancia que se haya producido una sustracción de especies, ya que no hay evidencia material.

Con relación a la violencia, la misma víctima señala que la mujer que la atacó fue quien la golpea en el suelo, persona que no está siendo juzgada en este juicio, reconoce que el acusado le dio un empujón lo que es compatible con el delito de robo por sorpresa, pero no con el robo con violencia. Del mismo modo, los testigos Vergara Funes y Vergara Araya cayeron en diversas contradicciones como por ejemplo no queda claro si la víctima concurrió primero junto a ellos al hospital o a la Comisaría, el primero de ellos situó el lugar de los hechos en dos calles paralelas, lo que no es posible, y el segundo señaló en estrados que se encontraba en la camioneta de su padre fuera del local al que concurrieron a comprar repuestos, sin embargo en fiscalía señaló que también estaba dentro de dicho establecimiento, asimismo, el perito señaló que las lesiones son compatibles con el relato de la víctima pero acepta que pueden ser producidas por otras situaciones distintas del hecho imputado. Los testigos también se contradicen con sus declaraciones en fiscalía en las que omitieron decir que es el acusado quien le arrebata la cartera a la víctima, lo que sí señalaron en la audiencia, casi seis meses después de ocurridos los hechos.

DECIMOSÉPTIMO: Que, el tribunal, haciéndose cargo de lo alegado por la defensa en relación con el hecho de que no se hayan incorporado materialmente las especies en la audiencia, por lo que no sería posible acreditar su existencia y sustracción, se desestima, por cuanto el artículo 189 del Código Procesal Penal es claro en cuanto señala que dichas especies en caso de robo, deben ser devueltas a su legitimo dueño en cualquier estado del procedimiento una vez comprobado su dominio debiéndose dejar constancia fotográfica u otro medio que resultare conveniente, a su vez los artículos 323 y 333 de la ley procesal penal, facultan presentar como medio de prueba fotografías, lo que en este caso ha ocurrido y a través de ellas la víctima ha reconocido las especies, sin perjuicio del propio valor de dicha declaración testimonial.

No es necesario en concepto del tribunal que las especies deben ser exhibidas materialmente, toda vez que existe libertad de medios probatorios su existencia puede acreditarse por otro medio apto para producir fe como ocurrió en la audiencia.

Con relación a la violencia que ejerció el acusado respecto de la víctima ha quedado establecido que fue él quien empuja a ésta contra la pared para poder arrebatarle su teléfono provocando su caída y causándole un esguince leve cervical, dicha lesión, no es producto del tirón o arrebatamiento del teléfono como señala la defensa, sino por el contrario, se efectúa para poder despojárselo ya que la afectada se opuso a ello, de igual forma, la víctima por acción del acusado resultó con lesiones en su brazo derecho producto de que éste le enterraba sus uñas con el objeto de arrancarle un reloj estando la víctima en el suelo, por lo tanto, la violencia ejercida y las lesiones provocadas no son consecuencia del arrebatamiento sino para facilitar aquel, por lo que se satisface de manera suficiente el concepto de violencia como coacción exigido legalmente en relación con la apropiación de las especies de la víctima con fines ilícitos. Además, el artículo 436 del mismo cuerpo legal, no exige que la violencia en el robo se materialice en lesiones, existe violencia por el hecho de la aplicación sobre la persona de la víctima de una energía material que pueda vencer su resistencia o pueda provocarle un daño, aún cuando esa energía no cause lesiones de ningún género, pues bastan los simples malos tratos a que se refiere el artículo 439 del Código Penal.

En mérito de lo anterior no existe en este caso el delito de Robo por Sorpresa que alega la defensa, por cuanto dicho injusto es una figura intermedia entre el hurto y el robo con violencia, pero que se asemeja más al hurto por cuanto la fuerza recae sobre la cosa, no sobre las personas, y por lo tanto en su comisión, el bien jurídico afectado no trasciende la propiedad, para afligir la integridad

física, como ocurrió en esta causas, donde la fuerza fue ejercida claramente sobre la persona de la víctima para vencer su resistencia en orden a impedir que le quitaran sus pertenencias, es decir la violencia estuvo al servicio de la apropiación en relación de medio a fin, siendo las lesiones provocadas a la ofendida no una consecuencia causal del apoderamiento sino que dirigida específicamente a vulnerar la resistencia opuesta por lo que los hechos se encuadran en el tipo penal descrito en el artículo 436 inciso primero del Código Penal toda vez que el elemento "sorpresa" no fue usado para lograr el apoderamiento de las especies, sino que este se llevó a cabo a través de la violencia antes descrita.

La defensa ha tratado de desvincular las agresiones sufridas por la víctima, de la sustracción efectuada por acusado aduciendo que sería una tercera persona la que las efectuó, lo que se desestimó por los motivos ya anotados en cuanto a que él también ejerció violencia contra la víctima pero a pesar de ello, de aceptarse tal argumento nos llevaría necesariamente a la división de las acciones desplegadas por los participantes, lo que en el hecho no es posible, descartándose con ello que la violencia causante de las lesiones -supuestamente ejercida sólo por esta otra persona tuviere una finalidad diferente de la lucrativa.

Finalmente en relación con las contradicciones evidenciadas por la defensa serán desestimadas, por cuanto el tribunal ha observado que estas imprecisiones son irrelevantes, no pudiendo apreciarse que los testigos hubieren mentido acerca de los hechos esenciales objeto de los interrogatorios y que dicen relación con el delito y la participación del acusado.

DECIMOCTAVO: Que, en virtud de las conclusiones a que los sentenciadores han arribado en los fundamentos precedentes, no es posible ni procedente acceder a la petición de la defensa, en cuanto pretende la absolución de **Julio Valdivia Oyarce** de la acusación de autos, puesto que, como se ha demostrado con los razonamientos allí vertidos, tanto el hecho que se le imputó como su participación en calidad de autor, han quedado debidamente comprobados con la prueba validamente aportada en el juicio.

DECIMONOVENO: Que, la fiscalía solicitó la agravante establecida en el Art. 456 bis N° 3 del Código penal, esto es, ser dos o más los malhechores, la funda en que dicha circunstancia agravante es tenida en consideración respecto de los delitos de hurto y robo y se considera por el legislador en el momento en que se ejecuta la perpetración del delito y no en el momento del enjuiciamiento, siendo dicha circunstancia objetiva debe sopesarse en ese momento, conforme las pruebas rendidas en la audiencia queda claro que el ilícito se verificó en coautoría con un tercero, en este caso, una mujer que acompañaba al acusado, teniendo en consideración que hay unidad de dolo y de acción respecto de ambos autores es procedente aplicar la agravante.

Que resolviendo dicha petición, el tribunal no dará lugar a ella por cuanto no se ha acreditado en estrados la participación conjunta del acusado con otro tercero, que no se halló presente en el juicio, que no ha sido juzgado ni condenado y respecto del cual rige en plenitud la presunción de inocencia instituida en la ley a su favor, por ende, no puede el tribunal, en estas circunstancias, pronunciarse respecto de su participación jurídica en el delito, lo cual no ha sido objeto de este juicio, no pudiendo establecerse en consecuencia, el fundamento principal de dicha agravante, acogiendo de esta forma lo solicitado por la defensa en orden a rechazar dicha agravante.

VIGÉSIMO: Que, la pena asignada al delito es la de presidio mayor desde su grado mínimo a máximo, y no existiendo circunstancias modificatorias que puedan beneficiar o perjudicar al acusado, el tribunal puede recorrerla en toda su extensión, prefiriendo para el caso imponer una del grado mínimo, atendida la extensión del mal causado.

VIGESIMOPRIMERO: Que, en atención a la pena que se aplicará al acusado no se le concederá ninguno de los beneficios alternativos establecidos en la ley 18.216 por no reunir los requisitos para ello.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 1, 14 N° 1, 15 N° 1, 18, 24, 25, 28, 31, 50, 68, 69, 432, 436, 439 del Código Penal; 295, 297, 325 y siguientes, 340, 342 y 348 del Código Procesal Penal, se declara.

I.-Que se condena a **Julio Valdivia Oyarce**, ya individualizado, a la pena de **cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo** como autor del delito de robo con violencia en grado de consumado en perjuicio de Alicia Riquelme Ibáñez, perpetrado en esta ciudad el 04 de febrero de 2.003.

II.- Que se condena, además al sentenciado, a las penas accesorias de

inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.

III.- No reuniendo el sentenciado los requisitos de la Ley 18.216, no se le concede beneficio alternativo alguno, debiendo cumplir efectivamente la pena privativa de libertad a que ha sido condenado, la que se le empezará a contar desde el **4 de febrero del año 2003,** fecha desde la cual se encuentra ininterrumpidamente privado de libertad en prisión preventiva, según los antecedentes remitidos por el Juez de Garantía de la causa.

IV. Ejecutoriada la presente sentencia dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República, Servicio de Registro Civil e Identificación, Servicio Electoral y al Centro de Cumplimiento Penitenciario de Antofagasta a quienes se le deberá adjuntar copia de esta sentencia con el atestado de encontrarse ejecutoriada.

Sentencia redactada por el Juez don Franco Repetto Contreras.

La juez doña Carla Troncoso Bustamante no firma por encontrase fuera de la ciudad, pese a haber concurrido al juicio y al acuerdo.

Regístrese, comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Calama para su cumplimiento, dése copia autorizada a los intervinientes, hecho archívese.

Pronunciada por los jueces titulares del Tribunal de Juicio Oral de Calama, doña Irma Tapia Valdés, don Franco Repetto Contreras y la Juez Titular del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, doña Carla Troncoso Bustamante, subrogando legalmente.

- **Condena a la acusada a la pena de dos años de presidio menor en su grado medio y pago de una multa de 21 UTM como autora del delito de uso malicioso de instrumento público falso en concurso ideal con el delito de estafa, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y pago de una multa de 5 UTM como autora del delito de estafa tentada, accesorias legales de cada delito y costas de la causa.**

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

Resumen:

La Fiscalía acusó a la imputada como autora de los delitos de estafa consumada, falsificación de instrumento público y estafa frustrada. A su vez le reconoció las atenuantes de los números 6 y 7 del artículo 11 del Código Penal. La Defensa solicitó un calificación jurídica diferente de los hechos, además del reconocimiento de las mismas atenuantes. El Tribunal estimó que el uso malicioso del instrumento público falso fue el medio para cometer el delito de estafa. Que la acusada fingiera un nombre supuesto al extender la escritura de compraventa constituyó parte del ardid tendiente a engañar a la víctima. De este modo se configuró un concurso ideal impropio. Respecto del segundo delito de estafa, consideró que se encontraba en grado de tentativa, por cuanto si bien dio comienzo a la realización del ilícito por actos directos, faltaron uno o más para su complemento. Finalmente, respecto de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, el Tribunal acogió las atenuantes invocadas por el Ministerio Público y la Defensa, en atención a la falta de anotaciones prontuariales pretéritas y a los montos consignados a favor de la víctima.

Texto completo:

Antofagasta, tres de agosto del año dos mil tres.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha veintiocho y veintinueve de julio del presente año, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por el juez Presidente de la Sala don Marcos Kusanovic Antinopai e integrada por los jueces señora Myriam Urbina Perán y don Dinko Franulic Cetinic, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa rol interno del tribunal N° 66-2003, seguida en contra de MARIA GLADYS MENESES BARRIGA, chilena, cédula nacional de identidad N° 9.023.807-8, de 40 años de edad, soltera, dueña de casa, domiciliada en La Gardenias N° 1371, Antofagasta.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el Fiscal adjunto don Rodrigo Lazo Parada, domiciliado en calle Condell N° 2235, de esta ciudad y, don Francisco Barraza Lara en representación de la querellante doña Norma Cortés Tapia, como acusador particular, domiciliado en Prat N° 214 oficina 601 de esta ciudad.

La defensa del imputado estuvo a cargo del Defensor Penal Público don Rodrigo Araya Peña, domiciliado en Balmaceda N° 2536, 4° piso de Antofagasta.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público fundó su acusación en los siguientes hechos: la imputada falsificó una escritura pública de mandato especial, supuestamente conferido con fecha 04 de septiembre de 2002 por la señora Norma Julia Cortés Tapia, que la facultaba para gestionar y vender la propiedad ubicada en Avenida Argentina 1312 de esta ciudad, fingiendo la firma de la señora Cortés y la del notario autorizante, Julio Abuyeres Jadue. Posteriormente, la imputada ofreció la propiedad en venta mediante avisos en el diario, no sin antes, mediante engaño tomar posesión de las llaves del inmueble referido, señalando un precio muy inferior al real, consiguió así, realizar la venta del mismo a la señora Vilma López Taiba, mediante escritura pública que se celebró el día 30 de septiembre de 2002 en la notaría de don Luis Horacio Chávez Zambrano, por el precio de quince millones de pesos, que se lo entregó en dinero en efectivo, firmando la imputada bajo el nombre supuesto de María Teresa Lee Lillo y estampando su huella digital en la referida escritura pública. La víctima, en convencimiento

que adquiría legítimamente el inmueble, concurrió al Conservador de Bienes Raíces de Antofagasta y solicitó la inscripción del mismo a su nombre.

A juicio del Ministerio Público este hecho constituye el delito de estafa consumada en perjuicio de Vilma López Taiba y solicita que se le condene con la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, multa de 15 unidades tributarias mensuales y accesoria legal.

Agregó el señor fiscal, que con el mandato falsificado señalado con anterioridad y, a consecuencia de los hechos ya narrados, la imputada celebró, con el nombre supuesto de María Teresa Lee Lillo y sin poseer facultades para ello, la escritura pública de fecha 30 de septiembre de 2002, ante el notario Chávez, de compraventa del inmueble ubicado en calle Avenida Argentina 1312, de propiedad de la víctima Norma Julia Uberlinda Cortés Tapia, guardada bajo el repertorio N° 2173, sin que ésta se diera cuenta de lo sucedido, inmueble que tiene un valor de treinta millones de pesos. El mandato falso usado por la acusada, quedó registrado en la escritura pública de compraventa. En la referida escritura, ella firmó como María Teresa Lee Lillo y puso su huella dactilar.

El hecho descrito, según el Ministerio Público configura el delito falsificación de instrumento público consumado en perjuicio de Norma Cortés Tapia. Solicita se aplique la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, más la accesoria legal.

Finalmente, el fiscal señala que con posterioridad a los hechos narrados, la acusada seguía ofreciendo en venta la propiedad indicada, llegando a acuerdo de venta con la señora Magda Araya Illanes, quien le entregaría quince millones de pesos en dinero efectivo el día 04 de octubre de 2002 en su domicilio, para posteriormente concurrir a la notaría a firmar la escritura, lo que no ocurrió debido a que ésta logró descubrir que el mandato que portaba la imputada era falso.

Estos hechos, a juicio del Ministerio Público constituyen el delito de estafa en grado de frustrada en perjuicio de Magda Araya Illanes. Solicita que se le aplique la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, multa de 15 unidades tributarias y accesoria legal. También solicita que se condene a la acusada al pago de las costas de la causa.

El Ministerio Público señaló en su acusación que benefician a la acusada las atenuantes de los N° 6 y 7 del artículo 11 del Código Penal, esto es, irreprochable conducta anterior y reparar con celo en mal causado.

Por su parte el acusador particular, señaló que su mandante doña Norma Cortés Tapia es dueña del inmueble ya individualizado, que en el mes de septiembre del 2002 entregó a doña María Meneses Barriga las llaves de dicha propiedad, quien en supuesto ejercía labores como corredora de propiedades, ello debido a que la señora Meneses había ofrecido hacer la intermediación para la venta del inmueble en una suma no inferior a 30 millones de pesos, a cambio, la señora Meneses que se hacía llamar María Lee Lillo recibiría una comisión por la venta. La imputada procedió luego a falsificar un mandato con facultades para administrar y vender la propiedad, en que la señora Cortés le otorgaba poder para firmar en su representación y nombre la referida compraventa. Este instrumento público, supuestamente conferido ante Notario Público de la ciudad de Quillota, de fecha 04 de septiembre de 2002, y en que la imputada fingió la firma de la señora Norma Cortés y la del notario autorizante, fue utilizado por la acusada para concretar la venta del bien raíz. Dicho mandato fue firmado por la imputada bajo el nombre de María Teresa Lee Lillo, mismo nombre con el cual luego procedió a vender el bien raíz a doña Vilma López Taiba, mediante escritura pública de fecha 30 de septiembre de 2002, en la notaría de don Horacio Chávez Zambrano, para luego inscribir el bien raíz a su nombre en el Conservador de Bienes Raíces de esta ciudad.

Según el acusador particular, los hechos antes narrados configuran los delitos de falsificación de instrumento público cometido por un particular, en grado de consumado, previsto y sancionado en el artículo 194 en relación con el artículo 193 N°1 del Código Penal, delito que se configura con la falsificación del mandato y, delito de estafa en grado de consumado, tipificado en el artículo 468 del Código Penal en relación con el artículo 467 del mismo cuerpo legal, ilícito que se consumó con la venta de la propiedad, cuyo perjuicio patrimonial se traduce en la pérdida cierta de la suma de 30 millones de pesos, que fue el precio mínimo fijado para la venta del inmueble.

TERCERO: Que la defensa de la acusada,

en su alegato de apertura señaló que a través de la prueba que rendirán los acusadores en el juicio, se deberá dar una calificación diferente a los hechos, teniendo además en cuenta las dos circunstancias atenuantes que la favorecen.

CUARTO: Que los intervinientes acordaron dar por acreditado, mediante convención probatoria, que la propiedad ubicada en Avenida Argentina N°1312 de Antofagasta, estaba inscrita a nombre de Norma Julia Uberlinda Cortés Tapia en el Conservador de Bienes Raíces de Antofagasta hasta el 28 de octubre de 2002.

QUINTO: Que es preciso determinar qué elementos se requieren para estar en presencia de los delitos de uso malicioso de instrumento público falso y estafas, por los cuales el tribunal emitió su veredicto condenatorio. El primero de ellos, consta de un elemento objetivo que consiste en usar- en sentido amplio- un instrumento público en el que se ha incurrido en cualesquiera de las conductas señaladas en el artículo 193 del Código Penal, o sea, que sea falso y, un elemento subjetivo, esto es, que este uso debe ser **malicioso**, es decir, que el agente tenga conocimiento de la mendacidad del mismo. Por su parte, el delito de estafa del artículo 468 del citado código, tiene como elemento básico, la realización de una **gestión engañosa** para llevar a error a la víctima con el objeto que realice una disposición patrimonial que le cause un perjuicio económico.

SEXTO: Que para establecer el delito de uso maliciosos de instrumento público falso, se cuenta con los siguientes elementos probatorios incorporados al juicio por los acusadores:

Declaración de doña Norma Cortés Tapia quien al comparecer a estrados señaló que tenía en venta una propiedad ubicada en Avenida Argentina N° 1312 de esta ciudad; en una oportunidad la llamó por teléfono a su residencia, que está en otra región, una mujer que dijo llamarse María Teresa Lee Lillo, ofreciéndose para venderla, manifestándole que se dedicaba a agilizar los préstamos bancarios y vendía muchas casas, como ella tenía en venta dicho inmueble, se interesó, señalándole que el precio era la suma de $ 35.000.000 conversables, esta persona le dijo que le enviara fotocopia de su cédula de identidad, como asimismo copia de la escritura para realizar los trámites. Anteriormente, tenía encargado a su ahijado para que mostrara la casa, pero como esa persona la volvió a llamar por teléfono diciéndole que tenía un comprador y que cuando estuviera todo listo la llamaría para que viniera a firmar, por lo que le solicitó a aquél que le entregara las llaves a dicha persona pero sólo por 15 días. Posteriormente, recibió otro llamado telefónico de una señora quien le preguntó en cuánto vendía su casa, a lo que le respondió que en $ 35.000.000 y también le peguntó quien era la persona que estaba ofreciéndola en venta, ella le manifestó que era doña María Teresa Lee Lillo, señalándole la persona que a ella se la había ofrecido en $15.000.000, entonces le dijo que seguramente se trataba de una estafadora y que ella la iba a citar a su casa y le iba a hacer una “encerrona”, pues llamaría a carabineros, efectivamente, una tarde la llamó esa señora que dijo llamarse Magda Araya y puso al teléfono a doña María Teresa Lee, quien le dijo que había un error y que no era efectivo que estuviere vendiendo la propiedad en $ 15.000.000, también en ese momento se comunicó telefónicamente con ella un carabinero que estaba en la casa de la señor Araya, quien le informó que la persona que se hacía llamar María Teresa Lee Lillo tenía como nombre verdadero María Gladys Meneses Barriga. Señaló además, que no pudo viajar antes a esta ciudad, sólo pudo hacerlo en el mes de noviembre del año pasado.

Ante una pregunta del señor fiscal, la testigo declaró que nunca firmó una escritura de mandato para vender su casa a ninguna persona ni menos a doña María Teresa Lee, como asimismo que no conocía al Notario Julio Abuyeres, y sólo fue a su notaría después de ocurridos estos hechos, a instancias de su abogado, para pedirle un certificado que acreditara que ella no había otorgado ninguna escritura pública de mandato en esa notaría y que además, el Notario no la conocía. Señaló también la declarante que la voz de la persona que habló por teléfono con ella desde la casa de la señora Araya, en presencia de carabineros, correspondía a la misma de la mujer que dijo llamarse María Teresa Lee Lillo y que le había ofrecido vender su propiedad en una suma no inferior a $30.000.000. Finalmente, la testigo manifestó que actualmente el referido bien raíz no se encuentra inscrito a su nombre en el Conservador de Bienes Raíces, sino a nombre de otra persona.

Al ser contrainterrogada por el defensor respecto a cómo doña María Teresa Lee Lillo supo su número telefónico, la testigo manifestó que este

estaba en un letrero puesto en la propiedad que indicaba la venta de la misma, conjuntamente con el número de teléfono de la casa de su comadre.

Doña Celia Lorca Alvarez, comadre de la señora Norma Tapia Cortés declaró que después de ocurridos los hechos, conversó con ésta, quien le manifestó que nunca le había dado poder a esa persona, María Teresa Lee Lillo, para que vendiera su casa, solamente iba a mostrarla, tal como hacían ella y su hijo Rodrigo Soto Lorca, dicha persona se comunicó con éste para que le entregara las llaves, lo que su hijo hizo, a través de una declaración jurada en una Notaría. Agregó que le llamó la atención que el número de teléfono de la señora Lee Lillo era el mismo de una persona llamada Oscar Lee, quien había llamado en una oportunidad interesándose por comprar la casa de su comadre.

Compareció doña Edith Ríos Paredes, perito documental del Laboratorio de Criminalística de la Policía de Investigaciones de Chile, quien expuso que la fiscalía de Antofagasta le solicitó que practicara un peritaje respecto a un mandato especial, repertorio 3792, con el fin de establecer la falsead o autenticidad de las firmas puestas en él, tanto del Notario como de la mandante Norma Cortés Tapia, además de determinar la autenticidad o falsedad de los tres timbrajes estampados en el referido documento, para ello se efectuaron las pericias de rigor con las muestras caligráficas remitidas como material indubitado. En una primera conclusión estableció que las firmas puestas a nombre del Notario Julio Abuyeres Jadue no correspondían a firmas de dicha persona; en un segundo análisis, se efectuó la comparación de las firmas de la mandante Norma Cortés Tapia, con firmas genuinas de esta persona, encontrándose una similitud morfológica, no obstante se constataron interesantes diferencias que llevaron a concluir que la firma puesta en el mandato era falsa, resultado de una imitación de firmas propias de doña Norma Cortés; en un tercer punto, se analizaron los tres timbrajes que presentaba el mandato, los que fueron cotejados con las muestras remitidas de diseño similar y de igual texto, encontrándose diferencias considerables en los tamaños y en el diseño de la expresión “Notario Público” central, la que se encontraba desalineada vertical y horizontalmente respecto del resto de cada timbraje, además, dicha expresión se encontraba en letras de imprenta minúsculas en tanto en las muestras legítimas la letra era imprenta mayúscula, lo que permitió concluir que dichos timbrajes no procedían de las muestras remitidas como material indubitado de cotejo, siendo por lo tanto falsos; finalmente y en un cuarto punto, la perito señaló que al ver la similitud de las firmas puestas a nombre del Notario con las firmas legítimas de la Notario Suplente, se procedió a confrontarlas, encontrándose una similitud fisonómica pero con relevantes divergencias del orden particular, concluyendo que las firmas puestas a nombre del Notario en el mandato especial, eran falsas, resultado de imitación de firmas legítimas de la Notario Suplente Elmita Puebla López.

Previo reconocimiento de su firma por parte de la perito, el señor fiscal incorporó el informe pericial N° 3857 respecto del cual versó su declaración y los documentos usados como material de comparación, consistentes en una hoja con declaración policial de doña Elmita Raquel Puebla López que contiene muestra de su firma y por el reverso de los timbres del Notario Público titular Julio Abuyeres Jadue y de la Notario Suplente Elmita Puebla López; hoja conteniendo otra muestra de timbres que se utilizan en el Oficio del Notario Abuyeres, su firma completa y su media firma y, una copia de una escritura pública extendida efectivamente en dicho Oficio .

En el mismo sentido declaró don Williams Contreras Cárdenas, perito documental de la Policía de Investigaciones, quien al analizar la participación de la acusada en la escrituración de las firmas puestas en algunos documentos, entre ellos tres referidos a mandato especial de fechas 04 de septiembre de 2002, otorgado por Norma Julia Uberlinda Cortés Tapia a María Teresa Lee Lillo para vender un bien raíz, efectuó los cotejos correspondientes, y concluyó que las firmas puestas a nombre de Norma Cortés Tapia en el mandato especial, repertorios N° 3692-2, 3792-2 y 2700-2 son el resultado de un proceso imitativo de firmas genuinas de dicha persona.

También el Ministerio Público incorporó, como documento, mediante su lectura, un oficio del Notario Público de Quillota Julio Abuyeres Jadue donde señala que la escritura pública, repertorio N° 3792-2 nunca fue extendida en su oficio, por lo que no forma parte de sus registros, y señala “en efecto, se trata de una escritura falsa, extendida fuera de esa Notaría, desconociendo quien la redactó y donde se materializó el hecho”; adjuntó los

documentos y muestras de timbres a que se ha hecho referencia y que tuvo a la vista la perito Ríos, como elementos de comparación, para practicar su pericia.

Dentro del mismo contexto, el fiscal incorporó, como documentos, mediante su lectura resumida, copias de los mandatos especiales, supuestamente otorgados ante el citado Notario por doña Norma Julia Uberlinda Cortés Tapia a María Teresa Lee Lillo con fecha 04 de septiembre de 2002, repertorios N° 3692-2 y 2700-2.

SEPTIMO: Que los elementos probatorios a que se ha hecho referencia en el considerando precedente, permiten establecer la existencia de una escritura pública por la cual doña Norma Julia Uberlinda Cortés Tapia confiere mandato especial a doña María Teresa Lee Lillo para vender, ceder, transferir y cobrar el bien raíz de su propiedad ubicado en Antofagasta, Avenida Argentina N° 1312, instrumento público que resultó ser falso porque tanto las firmas de la mandante como del Notario, no corresponden a las genuinas de dichas personas, siendo también falsos los timbres estampados en el documento.

OCTAVO: Que procede ahora, determinar cómo dicho instrumento público falso fue usado maliciosamente. Para ello se cuenta con los siguientes antecedentes:

Declaraciones de doña Vilma López Taiba y de su cónyuge don Jaime Bravo Núñez, quienes señalaron que desde hacía tiempo querían comprar una casa, y que mediante un aviso que vieron en el diario el día sábado 28 de septiembre del año pasado, se interesaron por la propuesta que allí salía, por lo que llamaron por teléfono a un celular que aparecía, comunicándose con una dama con la que quedaron de acuerdo en que a las 05 de la tarde les mostraría la casa, lo que así ocurrió, presentándose como María Teresa Lee Lillo, señalando que tenía mandato suficiente para venderla, la casa está ubicada en Avenida Argentina, sector sur. Como les gustó la propiedad, principalmente por su ubicación, además que el precio les convenía-$15.000.000- razón por la cual quedaron de reunirse el día lunes, porque dicha persona quería que el precio se pagara en dinero en efectivo y como tenían un depósito en Financiera Atlas de $ 18.500.000, lo retiraron el día lunes e inmediatamente don Jaime Bravo se comunicó con doña María Teresa Lee, quien llegó rápidamente y se dirigieron a firmar la escritura de compraventa a la Notaría de don Luis Horacio Chávez, doña María Teresa firmó la escritura porque comparecía con un poder que le había dado la dueña de la casa, firmaron en presencia de una funcionaria de la Notaría, colocando además su dígito pulgar, el Notario había estado presente antes e incluso les preguntó a nombre de quien se iba hacer la escritura, le manifestaron que sería a nombre de doña Vilma.

Declaración del Notario Público de esta ciudad don Luis Horacio Chávez Zambrano, quien señaló que después de haber visto los antecedentes, recordó haber autorizado la escritura de compraventa a que se refiere este juicio, y lo recuerda aún más, porque la casa había sido de propiedad de un señor de apellido González, a quien conocía y que después se separó de su esposa, en los documentos que tuvo a la vista figuraba una escritura de adjudicación de dicho bien raíz a su cónyuge, ignora si por haber anulado el matrimonio o por simple separación de bienes. También tuvo a la vista una escritura pública de mandato, autorizada por un Notario de un lugar cercano a Valparaíso o Santiago, por el cual se facultaba a la compareciente a vender la propiedad. Agregó, que en su oficina existe un ventanal por el cual puede ver a las personas que firman las escrituras y en este caso, correspondían a las personas cuyas cédulas de identidad le fueron exhibidas junto con los demás antecedentes.

Ante una pregunta del señor fiscal, manifestó que todo el trámite de redacción de la escritura lo realizó una funcionaria de su confianza llamada Sonia, cuyo apellido no recordó en ese momento.

Al ser contrainterrogado por la defensa, el testigo declaró que no le llamó la atención nada extraño en la escritura pública de mandato y además, no puede conocer la firma de todos los Notarios del país.

También declaró doña Sonia Varas Leiva, funcionaria de la Notaría Chávez, quien señaló ser la persona encargada de hacer las escrituras tanto de compraventas, como mandatos y otras que haya que tipiar, pero no recuerda especialmente aquella a que se refiere el presente juicio, en todo caso, manifestó que si una persona concurrió en representación de otra, tiene que haberle exhibido el mandato, pues siempre que ello sucede se revisa éste para verificar si está todo correcto y además, tiene que ir dentro de los documentos que se

necesitan para firmar una escritura de compraventa en que una de las partes comparece con representación.

Al ser contrainterrogada por la defensa, la testigo señaló que ella no puede darse cuenta si una escritura de mandato que se le presenta sea falsa.

Además, el Ministerio Público incorporó como documento, mediante lectura resumida, copia autorizada de la escritura pública de compraventa de fecha 30 de septiembre de 2002 celebrada entre doña María Teresa Lee Lillo en representación de Norma Julia Uberlinda Cortés Tapia y doña Vilma del Pilar López Taiba, extendida ante el Notario Público de esta ciudad don Luis Horacio Chávez Zambrano, mediante la cual la primera vendió a doña Vilma el inmueble ubicado en Avenida Argentina N° 1312 de Antofagasta, en la suma de $ 15.000.000 (quince millones de pesos) al contado, en dinero efectivo. En la cláusula octava de dicho contrato se dejó constancia que la escritura de mandato especial de fecha 04 de septiembre de 2002, otorgada en la ciudad de Quillota ante el Notario Público don Julio Abuyeres Jadue, se tuvo a la vista y se devolvió al interesado y que no se inserta por ser conocido de las partes y del Notario que autoriza.

NOVENO: Que de este modo, la prueba reseñada precedentemente, permite dar por establecido que se hizo uso de la escritura pública de mandato especial falsa, a que se ha hecho referencia. Concluyendo el tribunal, que ese uso fue malicioso, porque la persona que lo usó, en este caso la acusada, actuó a sabiendas de la falsedad del mismo. Ello se desprende del hecho de que el nombre de la supuesta mandataria que aparece en el instrumento falso, es María Teresa Lee Lillo, y los testigos Vilma López Taiba y Jaime Bravo Núñez, al declarar en estrados, reconocieron a la acusada como la persona que se presentó ante ellos como María Teresa Lee Lillo, siendo ella quien gestionó la venta de la propiedad ubicada en Avenida Argentina de esta ciudad, actuando en representación de la dueña de dicho bien raíz, y fue quien firmó en la Notaría Chávez con ese nombre, señalando siempre que tenia poder suficiente para vender, resultando intrascendente para configurar el tipo penal por el cual se ha condenado, el hecho de no haberse determinado el o los autores de la falsificación.

DECIMO: Que, en consecuencia, la prueba analizada y que ha sido apreciada libremente por estos sentenciadores, permite tener por acreditado que la imputada, haciendo uso de una escritura pública de mandato especial falso, por el cual la señora Norma Cortés Tapia, supuestamente le confería poder a María Teresa Lee Lillo para que vendiera el inmueble de su propiedad ubicado en Avenida Argentina N° 1312 de esta ciudad, utilizando el nombre de esta última, procedió a ofrecer dicho inmueble a la venta en un periódico local y a exhibirlo a Vilma López Taiba. Posteriormente suscribió, utilizando dicho nombre, el contrato de compraventa de dicho bien raíz con fecha 30 de septiembre de 2002, mediante escritura pública autorizada por el Notario Público de Antofagasta, don Luis Horacio Chávez Zambrano.

DECIMO PRIMERO: Que el hecho anteriormente descrito constituye el delito de uso malicioso de instrumento público previsto en el artículo 196 del Código Penal y sancionado en el artículo 193 del mismo cuerpo legal, pues resultó acreditado que una persona sabiendo la falsedad de un mandato por escritura pública, lo utilizó para, por su medio, atribuirse la facultad de representación de la propietaria de un inmueble y lograr que un tercero suscribiera un contrato de compraventa sobre el mismo.

DECIMO SEGUNDO: Que el delito de uso malicioso de instrumento público falso constituyó el medio para la comisión de un delito de estafa, cuyos elementos se configuran a partir de los siguientes antecedentes probatorios que fueron incorporados al juicio, algunos de los cuales han sido reseñados en los considerandos precedentes:

Lo declarado por doña Vilma López Taiba y su cónyuge don Jaime Bravo Núñez, en cuanto manifestaron que a través de un aviso que vieron en el diario el día sábado 28 de septiembre del año pasado, se interesaron por la compra de una casa en el sector sur de la ciudad, por lo que llamaron por teléfono a un celular que aparecía, comunicándose con una dama con la que quedaron de acuerdo en que a las 05 de la tarde de ese mismo día les mostraría la casa, lo que así ocurrió, presentándose como María Teresa Lee Lillo. Como les gustó la propiedad, principalmente por su ubicación- Avenida Argentina y por el precio, que les dijo que era de $15.000.000. le manifestó tener todos los documentos de la casa al día, y que ella tenía poder para vender, razón por la cual quedaron

de reunirse el día lunes, la señora quería que el precio se pagara en dinero en efectivo, señalando que tenía necesidad de vender la casa rápido, pues debía viajar a Santiago porque su esposo sufría de una enfermedad un poco complicada. Como tenían un depósito en Financiera Atlas de $18.500.000, le manifestaron que lo retirarían el día lunes en la mañana. El domingo lo llamó por teléfono para preguntarle si aún mantenía su compromiso de palabra de comprar la casa, a lo que don Jaime le respondió que sí. Por lo que, a penas tuvieron el dinero en su poder, el lunes en la mañana, don Jaime Bravo se comunicó con doña María Teresa Lee, quien llegó rápidamente y se dirigieron a la Notaría Brady para firmar la escritura, allí ella entró sola y al rato salió diciéndoles que exigían un documento que sólo era necesario en caso que se comprara con hipoteca, y como la venta de ellos era simple y rápida, les dijo que fueran a otra notaría, la que ellos quisieran, llevándolos finalmente a la Notaría de don Luis Horacio Chávez. Al llegar a dicho lugar, doña María Teresa Lee se dirigió inmediatamente a hablar con el Notario, después de unos minutos les hizo una seña y entraron a la oficina de éste, se sentaron y les pidió sus cédulas de identidad y demás antecedentes, preguntándoles a nombre de quien se iba a extender la escritura, manifestándole don Jaime que quedaría a nombre de su esposa, les dijo que regresaran como a las 13:00 horas a firmar, por lo que salieron, la señora que iba a vender dijo que iría a ver a su esposo al hospital, en tanto ellos se dirigieron a Ripley a tomar un café para hacer hora. Cuando eran cerca de las 13:00 horas, se dirigieron nuevamente a la Notaría, la señora Lee aún no había llegado, lo hizo como 15 minutos más tarde, dirigiéndose inmediatamente a la oficina del Notario, luego de unos minutos los hicieron pasar a las dependencias donde se firman los documentos, allí una funcionaria les dijo que leyeran la escritura para verificar si estaban bien los datos, principalmente los referidos al domicilio y cédula de identidad. Señalaron los declarantes que la escritura fue firmada en presencia de la funcionaria, quien tenía las cédulas de identidad, también el Notario las tuvo a la vista. Por petición de la funcionaria, debieron poner, además de su firma, la huella dactilar. Agregaron que la persona firmó como María Teresa Lee Lillo por el poder que le había dado la dueña de la casa, documento que ellos leyeron. Luego de las firmas, procedieron a entregar el dinero a doña María Teresa, quien procedió a contarlo, demorándose bastante, tanto que cerraron la Notaría con ellos adentro. Ambos declararon que la persona que les mostró la casa y que luego fue a la Notaría a firmar la escritura y que se hacía llamar María Teresa Lee, siempre estuvo sola, salvo la primera vez que fueron a la Notaría Chávez, en que llegó acompañada de un jovencito de unos 12 años de edad, a quien presentó como su ahijado. Ambos declarantes señalaron que confiaron plenamente, porque todo se hacía ante un ministro de fe como es el Notario y que posteriormente fueron a inscribir el contrato de compraventa en el Conservador de Bienes Raíces de esta ciudad, donde los documentos estuvieron casi un mes.

Al ser contrainterrogado por la defensa, el señor Bravo manifestó que si bien es cierto que le llamó un poco la atención el precio de la propiedad, se interesó, precisamente por eso, sobre todo por la ubicación de la casa, no obstante que había que hacerle algunos arreglos, pues estaba muy abandonada.

Declaración de doña Norma Cortés Tapia, en cuento señaló que jamás había otorgado mandato a persona alguna para que vendiera su casa ubicada en Avenida Argentina N° 1312 de esta ciudad.

Los dichos de los testigos Vilma López y Jaime Bravo, respecto a lo ocurrido en la Notaría, fueron corroborados por los testimonios del Notario don Horacio Chávez y de la funcionaria de dicha notaría doña Sonia Varas Leiva, sólo en cuanto al procedimiento, por que ninguno de los dos recordaba la suscripción de la referida escritura.

Por su pare el testigo Rodrigo Soto Lorca, señaló que es ahijado de doña Norma Cortés Tapia, quien le dejó, el año pasado, encargada su casa de Avenida Argentina, para que ofreciera venderla, entregándole la llaves. En una oportunidad, su madrina lo llamó por teléfono para decirle que una persona se había contactado con ella para vender la casa, y le pidió que le entregara las llaves a esa persona, conjuntamente con una copia de la escritura de la casa, por el término de 15 días, trámite que él decidió hacerlo a través de una notaría, por lo que quedaron de acuerdo en juntarse en la Notaría Chávez. Cuando llegaron allí, la persona que dijo llamarse María Teresa Lee y que se dedicaba a vender casas, procedió a firmar un documento, declarando recibir tanto las llaves como

una fotocopia de escritura de la casa, con el objeto de mostrar la vivienda para su venta, luego la señora entró a conversar con el Notario por un lapso aproximado de 15 minutos, lo que le llamó bastante la atención, cuando salió, él le entregó las llaves y la copia de la escritura, enseguida se retiraron de la Notaría e incluso, se fueron juntos en la liebre, bajándose ella en el sector de La Favorecedora. Después que se cumplió el plazo, trató de ubicarla, pues ella al firmar la declaración jurada había puesto una dirección en calle Latorre, él con su madre fueron a dicho lugar, constatando que era falsa, entonces comenzaron a hacer mayores averiguaciones, pero no pudieron recuperar las llaves de la casa. Con posterioridad, su madrina quiso que le entregaran la casa a otra persona, una corredora de propiedades, cuando él fue a ver la propiedad se dio cuenta que alguien entraba a la casa, por lo que procedió a cambiar la chapa e incluso ponía candado, pero cuando regresaba se encontraba con que lo habían descerrajado, ello ocurrió varias veces, se supone que eso lo hacía uno de los supuestos dueño, porque en realidad no se sabe a cuantas personas le vendió la casa. Ellos en realidad, no sabían lo que estaba pasando, hasta que en una oportunidad un caballero lo llamó por teléfono, habándole sobre la casa, él le contestó que ya no estaba a su cargo, sino que ahora la tenía otra persona, quedaron de acuerdo en ir a la propiedad, incluso él lo llevó en vehículo, cuando estaban entrando, el hombre les dijo que, conjuntamente con su esposa, habían comprado la casa y les contó toda la historia.

El señor fiscal procedió a exhibir al testigo un documento, consistente en una declaración jurada, que éste reconoció como aquel que doña María Teresa Lee firmó en la notaría y respecto al cual se refirió en su declaración. Procediendo además, a incorporar, mediante su lectura resumida, una declaración jurada de fecha 23 de septiembre del 2002 en que comparece doña María Teresa Lee Lillo, domiciliada en Latorre N° 2451 de esta ciudad, Rut N° 14.607.576-2, declarando que en esa fecha recibió de parte de don Rodrigo Rubén Soto Lorca, las llaves de la propiedad ubicada en calle Avenida Argentina N°1312 de esta ciudad, más una fotocopia de la escritura de la propiedad, con el objeto de mostrar la vivienda para su venta. Se señala que las llaves serán devueltas al señor Soto en un plazo de 15 días.

Además, en el documento incorporado por el Ministerio Público, consistente en escritura pública de compraventa de fecha 30 de septiembre de 2002 suscrita entre doña Norma Cortés Tapia, representada por María Teresa Lee Lillo, y doña Vilma López Taiba, se declara, en la cláusula octava, que la representación de doña María Teresa Lee Lillo consta del mandato especial de fecha 04 de septiembre del año 2002, que se tuvo a la vista.

También se incorporaron, mediante lectura resumida, los siguientes documentos:

Fotocopia de la inscripción de dominio del bien raíz ubicado en Avenida Argentina N°1312 de esta ciudad a nombre de doña Vilma del Pilar López Taiba, que rola a fojas 2770 bajo el N°3500 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Antofagasta correspondiente al año 2002;

Certificado de avalúo fiscal, emitido por el Servicio de Impuestos Internos, de fecha 30 de septiembre de 2002 de la propiedad ubicada en Avenida Argentina N° 1312 de Antofagasta, por la suma de $ 15.013.444, indicándose que de acuerdo a la legislación vigente, no corresponde a una tasación comercial de la propiedad; documento que aparece roto y pegado con cinta adhesiva;

Certificado de deuda, en iguales condiciones que el anterior, emitido por la Tesorería General de la República respecto a la propiedad y referido al pago de contribuciones;

Páginas del diario El Mercurio de Antofagasta de fecha 28 de septiembre de 2002, donde aparece el aviso de venta, al que hicieron referencia los testigos Vilma López y Jaime Bravo;

Copias autorizadas de la partida de nacimiento, cédula de identidad y formulario de identificación para chilenos del Registro Civil e Identificación, correspondientes a María Teresa Lee Lillo.

DECIMO TERCERO: Que los antecedentes antes referidos, constituyen una serie de actos realizados por la acusada, tendientes a crear una apariencia de verosimilitud, destinados a engañar a la víctima, a través del uso de un nombre fingido y, atribuyéndose una representación de la que carecía.

Pero no basta el engaño para configurar el tipo de estafa que sanciona nuestro ordenamiento penal y, por el cual se emitió el veredicto condenatorio -estafa- sino que se requiere además,

que el engaño tenga como objetivo inducir a una persona a caer en error para que realice una disposición patrimonial que le cause un perjuicio económico. Requisito que, en el presente caso, se acredita con los testimonios de Vilma López y Jaime Bravo, al señalar que para poder comprar la casa que les ofrecía doña María Teresa Lee, debieron retirar un depósito a plazo que mantenían en la Financiera Atlas por la suma de $18.500.000 (dieciocho millones quinientos mil pesos), de los cuales pagaron $ 15.000.000 (quince millones) en dinero en efectivo, como precio por la compra de la casa. Ello consta de los documentos incorporados por la fiscalía consistentes en copias de 18 depósitos a plazos tomados por doña Vilma López Taiba en Atlas Citibank, sucursal Antofagasta desde el 18 de enero de 2001 al 30 de septiembre de 2002 y, oficio emanado de dicha institución financiera detallando en un recuadro el movimiento de esos depósitos, que da cuenta que el 30 de septiembre de 2002 se produjo una cancelación anticipada por la suma de $ 18.542.334.

El perjuicio sufrido por la señora López Taiba radica en que, si bien, el inmueble de calle Avenida Argentina N°1312 de esta ciudad, se encuentra actualmente inscrito a su nombre, lo que la convierte en poseedora del mismo, su posesión es irregular porque carece de justo título, en efecto, el artículo 704 del Código Civil en su número 2° dispone que no es justo título "el conferido por una persona en calidad de mandatario de otra, sin serlo", estando expuesta a verse privada de la posesión del inmueble, mediante la respectiva acción que pueda dirigirse en su contra.

De lo expuesto, se desprende que doña Norma Cortés Tapia también ha sufrido perjuicio, pues el referido bien raíz salió de su patrimonio al perder la posesión del mismo, lo que consta del documento incorporado por la fiscalía, consistente en copia de la inscripción en el Registro respectivo del Conservador de Bienes Raíces de Antofagasta, a nombre de doña Vilma López Taiba.

En consecuencia, se ha establecido que la imputada, empleando maliciosamente un instrumento público falso, que confería poder especial de una tercera persona para vender un inmueble cuyo avalúo fiscal supera las 400 unidades tributarias mensuales, usó de un nombre fingido- quien supuestamente era mandataria de la propietaria- para engañar a una persona, haciéndola suponer que estaba facultada para venderlo y percibir el precio, logrando que ésta efectuara una disposición patrimonial superior, también, a la suma señalada.

El hecho descrito precedentemente constituye el delito de estafa a que se refiere el artículo 468 del Código Penal, pues resultó suficientemente acreditado en el juicio, que una persona defraudó a otras, usando nombre fingido y atribuyéndose una representación de la que carecía, utilizando un mandato falso. Delito que se encuentra sancionado en el inciso final del artículo 467 del citado código.

DECIMO CUARTO: Que a su turno, la participación de la acusada María Meneses Barriga en los delitos referidos, ha quedado demostrada a través del reconocimiento claro, preciso y categórico, que en la audiencia hicieron los testigos Vilma López, Jaime Bravo y Rodrigo Soto, quienes la sindicaron como la persona que, tanto para obtener las llaves del inmueble, como para mostrarlo al matrimonio Bravo López y finalmente para suscribir el contrato de compraventa del mismo, se hizo llamar, en todo momento, María Teresa Lee Lillo. Lo que se encuentra corroborado además, con lo declarado por don Renato Rodríguez López, Subcomisario de la policía de Investigaciones, sobre el peritaje huellográfico realizado a objeto de cotejar la impresión dactilar estampada en la escritura pública de fecha 30 de septiembre de 2002, suscrita entre Norma Cortés Tapia y Vilma López Taiba, y que corresponde a la impresa sobre el nombre de María Teresa Lee Lillo, quien actuó en representación de la primera, y las impresiones dactilares de María Gladys Meneses Barriga, concluyendo que dicha impresión digital corresponde exactamente con el dedo pulgar derecho de esta última.

Para tal efecto, también se cuenta con lo declarado por don Paulo Schenone Scheidind, Subcomisario de la Policía de Investigaciones, quien participó en la investigación de los hechos, manifestando que cuando fue detenida la acusada, el perito procedió a tomar muestra de su impresión digital, pues si bien en ese momento se contaba con un primer informe pericial, allí se manifestaba que como en la escritura de compraventa se había puesto la huella sólo en sentido vertical, era conveniente tomar muestra en forma normal, para proceder al peritaje correspondiente, a lo que la imputada accedió en forma voluntaria, y así el perito pudo determinar que la huella puesta en la escritura

pública de compraventa correspondía en un 100% a doña María Gladys Meneses Barriga. Sin embargo el testigo señaló que ésta, en su declaración que prestó al señor fiscal, en su presencia, negó en todo momento su participación en el hecho. Además, manifestó el declarante que para determinar el paradero de la verdadera María Teresa Lee Lillo, consultaron a diversas fuentes de información, como son Servicio de Registro Civil, departamento de informes comercial Dicom, Jefatura Nacional de Extranjería, Servicio de Impuestos Internos, para obtener tanto sus domicilios como en qué ámbito podía desempeñarse. Fue así, que se descubrió que figuraba tres o cuatro domicilios, todos en la Quinta Región, en la ciudad de Quillota y otras localidades, y cuando se dirigieron hacia esa región para averiguar sobre el mandato falso, concurrieron a los domicilios que registraba, pero lamentablemente no pudieron dar con su paradero, no obstante que había vivido en todos ellos, señalando que en todo caso, para los efectos del delito que investigaban, tal situación no tenía mayor trascendencia, pues a esas alturas tenían claro que se trataba de una usurpación de nombre. Siendo contrainterrogado por la defensa, el testigo señaló que en toda su investigación fueron apoyados por peritos documentales y de huellas.

Por su parte el Inspector de la Policía de Investigaciones don Claudio Maureira Corvalán, declaró haber participado en la investigación del delito de falsificación de instrumento público y en la tramitación de los peritajes, como así mismo fue el funcionario aprehensor de la acusada, a quien ya conocía por haberla detenido anteriormente por delitos de giro doloso de cheques y en una investigación relacionada con una presentación de documentos falsos en el Bancoestado, para la obtención de créditos hipotecarios. Agregó que si bien, no estuvo presente en la declaración que la acusada prestó ante el fiscal, en relación con el presente caso, sí tuvo oportunidad de leerla, y en ella la imputada negó su participación. Finalmente señaló que la acusada, cuando fueron a detenerla, no quería abrirles la puerta y por la ventana vieron que se dirigió al baño, como pasaba demasiado tiempo comenzaron a ver la posibilidad por donde podían ingresar, constatando que la chapa de la puerta estaba en mal estado, por lo que entraron por ahí, la señora Meneses seguía en el baño y estaba hablando por teléfono al parecer con su marido.

Sin perjuicio de los antecedentes expuestos, la acusada, renunciando a su derecho a guardar silencio, declaró en la audiencia, reconoció haber firmado como María Teresa Lee Lillo y haber puesto su huella bajo dicha firma, pero que lo había hecho a petición de ésta- para quien ella trabajaba-,pues María Teresa no podía concurrir a la Notaría porque su esposo estaba enfermo, y además le dijo que estaba todo listo y no había ningún problema. A parte de ello, toda su versión dada en el juicio se encuentra en abierta contradicción con las demás probanzas incorporadas por los acusadores, en especial, con los dichos de los testigos Vilma López, Jaime Bravo y Rodrigo Soto, quienes, como ya se ha señalado, la reconocieron en la audiencia como la persona que dijo llamarse María Teresa Lee Lillo y no sólo eso, sino que faltó a la verdad al declarar que sólo fue a la Notaría a firmar ante la funcionaria que le pasó los papeles, y que el dinero recibido, lo entregó el dinero, sin contarlo, a un joven enviado por María Teresa Lee, quien además llevaba la cédula de identidad de ésta. En efecto, los testigos Vilma López y Jaime Bravo declararon que en las dos oportunidades que fueron a la Notaría Chávez, el día 30 de septiembre de 2002, la acusada entró a la oficina del Notario y hablar con él, y además cuando le entregaron los $ 15.000.000, los contó y posteriormente los puso en su cartera, además, en aquella ocasión nadie la acompañaba. Por su parte el testigo Rodrigo Soto Lorca, señaló que cuando concurrió con la acusada a la Notaría para que firmara el documento de recibo de las llaves de la propiedad de su madrina doña Norma Cortés Tapia, también la mujer, que decía llamarse María Teresa Lee Lillo, ingresó a la oficina del Notario Chávez a conversar con él, y firmó dicho documento con ese nombre. Por lo que no resulta creíble la versión que la acusada hizo de los hechos, en el juicio.

DECIMO QUINTO: Que todos estos antecedentes forman convicción suficiente en este tribunal y permiten dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que María Gladys Meneses Barriga, tuvo participación en calidad de autora de los delitos de los delitos de uso malicioso de instrumento público falso y estafa establecidos en los motivos décimo primero y décimo quinto de esta sentencia, por haber intervenido en su participación de una manera inmediata y directa.

DECIMO SEXTO: Que como ya se señalara, la comisión del delito de uso malicioso del

instrumento público falso, fue el medio para que la acusada lograra la perpetración del delito de estafa, lo que constituye un concurso ideal impropio, que debe ser resuelto conforme al artículo 75 del Código Penal, es decir, imponiendo la pena mayor al delito más grave, en este caso, la estafa.

DECIMO SEPTIMO: Que en razón de lo expuesto, este tribunal no comparte la opinión de Ministerio Público en cuanto entiende subsumida la utilización del instrumento público falso en el delito de estafa, pues claramente se trata de acciones diferentes, constituyendo la primera, como se dijo, un medio para la comisión de la segunda. Por el contrario, estos sentenciadores entienden que no se está frente a un concurso real entre la estafa y la falsificación de instrumento público, específicamente a escritura de compraventa, pues el que la acusada fingiera nombre supuesto al momento de extender dicha escritura, no constituye sino parte del ardid tendiente a inducir a engaño a la víctima, cuyo objetivo final era estafarla.

DECIMOCTAVO: Que también el Ministerio Público acusó por el delito de estafa frustrada en perjuicio de Magda Araya Illanes.

Para acreditar los elementos y el grado de comisión del delito, hizo comparecer a estrados, en primer lugar a doña Magda Araya, quien señaló que aproximadamente a fines del mes de septiembre del año pasado, vio un aviso en el diario sobre la venta de una propiedad en Avenida Argentina de Antofagasta, como ella y su esposo estaban interesados en comprar un inmueble, éste se contacto por teléfono con la persona, cuyo número celular que aparecía en el aviso, la que le señaló que la casa estaba ubicada en el sector sur de la ciudad, por lo que quedaron de acuerdo en juntarse para ver la propiedad, cuando llegaron al lugar, esta persona no estaba, solo había allí una señora que dijo ser doctora y que también estaba interesada en la propiedad, luego llegó la persona y les mostró la casa, la declarante señala que como le gustó, le pidió que le diera el N° de rol para comenzar a investigar, la persona les dijo que en ese momento no lo recordaba pero que lo tenía anotado y que luego se los entregaría por teléfono, además señaló tener poder para venderla, y solo deberían tratar con ella porque la dueña estaba enferma. Durante el fin de semana, solo hablaron por teléfono y ella le pidió ciertas indicaciones sobre la propiedad, además le dijo que por ahora sólo contaba con una suma determinada de dinero y que el resto lo pediría en el BancoEstado, por lo que le podría dar un documento por la diferencia, ya que el banco, dentro de la semana, le entregaría el dinero que le faltaba, que no era tanto, pero la mujer le dijo que mejor le entregara en dinero en efectivo, trató de ir a la casa de esta mujer, pero ella le dijo que no tenía, que estaba de allegada y que su marido se encontraba enfermo en el hospital. Continuó señalando la declarante, que debió hacer un viaje de negocios a Iquique, su esposo la ayudó en la recopilación de documentos para obtener el préstamo, además logró ubicar telefónicamente a la dueña de la casa, quien le dijo que no le había dado poder a nadie para que vendiera el inmueble y que el precio, en todo caso, era de $ 30.000.000 y no de $ 15.000.000 como salía en el aviso del diario. Por lo que, cuando llegó de Iquique su esposo le dijo que al parecer la casa era una estafa, pues le contó que se había comunicado con la verdadera dueña, ella también lo hizo, pues ya en ese momento tenía el dinero en su poder, para ver la posibilidad de que se la vendiera a ese precio, pero la señora dijo que no. Como se sintió muy dolida por toda esa situación, dijo “esto no va a quedar así”, y llamó a la mujer por teléfono diciéndole que vaya a su domicilio pues tenía el dinero, ésta le manifestó que por qué no se juntaban en la notaría, a lo que ella le respondió que, previamente, quería ver los documentos, sugirió que fuera a las 07 de la tarde, pero la mujer dijo que no, porque a esa hora la notaría iba a estar cerrada, de manera que quedaron de acuerdo en que iría a las 17:00 horas. Señaló la declarante, que lo que ella quería era confrontarla con la dueña de la casa, por lo que se aseguró que ésta estuviera al teléfono a esa hora, pero ocurrió que la mujer se adelantó y llegó faltando 10 minutos para las 05 de la tarde, como ella estaba sola en su casa, sin su esposo ni sus hijos, y no sabía que cómo iba reaccionar esa persona al ser descubierta, decidió resguardarse y llamó a carabineros, contándoles la situación, para que concurrieran al domicilio a las 17:00 horas, pero como dicha persona se adelantó en llegar, ella se demoró un rato en hacerla pasar, mientras llamaba a carabineros, diciéndoles que la persona había llegado antes. Luego la hizo entrar a la casa y puso los papeles sobre una mesa, en eso, al percatarse de la presencia de policial, se puso nerviosa, tomó lo papeles y se dirigió hacia el costado de la casa donde está el taller, al parecer buscaba una salida para huir, pero esa casa no

tiene otra salida más que la puerta principal; ella la siguió y le dijo que quería que hablara con la dueña de la casa, que en ese momento estaba al teléfono, la mujer se puso muy nerviosa y le dijo que para qué había hecho eso, si el trato era sólo entre ellas; agregó que no pudo oír la conversación telefónica, porque desgraciadamente, como la mujer llegó antes de la hora, sus hermanas, a quienes había pedido que fueran para que escucharan por el otro teléfono la conversación de la mujer con la dueña de la casa, no alcanzaron a llegar, pero mientras estuvo al teléfono la mujer permaneció callada, luego tomó los papeles y los rompió en el aire, momento en que ella hizo pasar a los carabineros, quienes lo primero que hicieron fue pedirle el carnet de identidad a la referida persona, ahí se enteró que no se llamaba María Teresa Lee Lillo; comenzó a decir que había ella sólo había sido enviada. Los carabineros le preguntaron cómo se había contactado con esa mujer, ella les manifestó que por el número telefónico que aparecía en el aviso, al cual llamaron los policías, constatándose que correspondía al celular que dicha mujer portaba; uno de los carabineros también habló por teléfono con la dueña de a casa; al percatarse los funcionarios policiales que la mujer se hacía llamar por un nombre que no correspondía al indicado en su cédula de identidad, procedieron a detenerla. Finalmente, la testigo manifestó que luego llegaron sus hermanas, quienes la ayudaron, conjuntamente con una funcionaria de carabineros a pegar los documentos que la mujer había roto.

El señor fiscal procedió a exhibir a la testigo documentos incorporados, y que ésta reconoce como aquellos que la mujer, que se hacía llamar María Teresa Lee Lillo rompió en su casa, los cuales fueron posteriormente pegados. Documentos consistentes en: certificado de avalúo fiscal, emitido por el Servicio de Impuestos Internos, de fecha 30 de septiembre de 2002 de la propiedad ubicada en Avenida Argentina N° 1312 de Antofagasta, por la suma de $ 15.013.444, indicándose que de acuerdo a la legislación vigente, no corresponde a una tasación comercial de la propiedad; copias de los mandatos especiales, supuestamente otorgados ante el Notario de Quillota, Julio Abuyeres Jadue, por doña Norma Cortés Tapia a María Teresa Lee Lillo, con fecha 04 de septiembre de 2002, repertorios N° 3697-2 y 2700-2 y certificado de deuda, emitido por la Tesorería General de la República respecto a la propiedad y referido al pago de contribuciones, documentos que aparecen rotos y pegados con cinta adhesiva.

Los funcionarios de carabineros Reinaldo Muñoz Rivas y Daniel Daza Collao corroboraron los dichos de la testigo Araya en lo concerniente a lo ocurrido en la casa de ésta.

DECIMONOVENO: Que la prueba analizada en el motivo anterior, es suficiente para formar convicción en el tribunal, permitiendo dar por acreditado, más allá de toda duda razonable, que una mujer, atribuyéndose la representación de la dueña del bien raíz ubicado en Avenida Argentina N° 1312 de esta ciudad, lo ofreció y exhibió a la señora Magda Araya, también en la suma de $ 15.000.000, quien en un primer momento aceptó tal oferta, para posteriormente retractarse, por haber descubierto que el poder con que actuaba era falso, por lo que dicha mujer carecía de tal representación, dando aviso a carabineros.

VIGÉSIMO: Que el hecho anteriormente descrito es constitutivo del delito de estafa previsto en el artículo 468 y sancionado en el artículo 467 inciso final, ambos del Código Penal, el que se encuentra en grado de tentativa, pues se dio comienzo a la realización del ilícito por actos directos, pero faltaron uno o más para su complemento.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que la participación de la acusada en el delito señalado ha resultado establecida con el reconocimiento preciso y categórico que hizo en la audiencia la víctima, Magda Araya Illanes, sindicándola como la persona que dijo llamarse María Teresa Lee, les mostró el inmueble señalado y fue la misma que concurrió a su casa con los documentos que posteriormente rompió, siendo detenida en dicho lugar, al comprobarse que según su cédula de identidad, su verdadero nombre era María Meneses Barriga. Igual reconocimiento hicieron en estrados los funcionarios policiales Reinaldo Muñoz y Daniel Daza.

Estos antecedentes permiten tener por acreditada, más allá de toda duda razonable, que María Gladys Meneses Barriga tuvo participación en calidad de autora en el delito de estafa en grado de tentativa en perjuicio de Magda Araya Illanes, habiendo intervenido en su perpetración de una manera inmediata y directa.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que la defensa señaló, luego de haber sido invitadas las partes a

alegar sobre la recalificación de los hechos, que respecto al delito de uso malicioso de instrumento público falso, su representada nunca tuvo conocimiento de dicha falsedad, lo que hace desaparecer el dolo.

No puede ser oída la defensa a este respecto, porque las probanzas rendidas en el juicio han sido más que suficientes en términos de estándar, y no permiten el surgimiento de duda alguna sobre el dolo con que actuó la acusada. En efecto, en el considerando décimo sexto se señalaron los antecedentes que hacen que no sea creíble la versión de la imputada respecto al desconocimiento que tenía de los hechos. Además, si no sabía que el mandato era falso, cómo podría explicarse que con posterioridad a la venta hecha a doña Vilma López, pretendía vender la misma propiedad, con el mismo mandato a doña Magda Araya y, haciéndose llamar nuevamente María Teresa Lee Lillo.

VIGÉSIMO TERCERO: Que en relación al delito de estafa, la defensa alegó a favor de su representada las atenuantes de los Números 6 y 7 del artículo 11 del Código Penal, esto, su irreprochable conducta anterior y la reparación celosa de mal causado, ambas reconocidas por el Ministerio Público en su acusación.

Se acogerá la circunstancia prevista en el artículo 11 N° 6 del citado código, porque si bien en el extracto de filiación y antecedentes de la acusada, incorporado como documento por la fiscalía, aparece como autora del delito de giro doloso de cheques, consta del certificado emanado de la Secretaria titular del Cuarto Juzgado de Letras de esta ciudad- documento, también incorporado por la fiscalía- que a la fecha de los ilícitos por los cuales se está condenando a la acusada, no existía sentencia ejecutoriada en la causa rol N°35.721-5 por giro doloso de cheques.

De igual forma, se estima que le beneficia la atenuante del artículo 11 N° 7 del Código Penal, porque constando de los documentos incorporados por la defensa en la audiencia realizada de conformidad a lo dispuesto en el artículo 345 del Código Procesal Penal, consistentes en un certificado emanado del Administrador del Juzgado de Garantía de esta ciudad, que da cuenta que doña María Meneses Barriga efectuó un depósito en la causa de ese juzgado rit N°5824-2002 por la suma de $ 500.000 (quinientos mil pesos) y dos colillas de depósitos en el Banco Estado por las sumas de $ 25.000 (veinticinco mil pesos) cada una, haciendo presente, el defensor en esa audiencia, que la consignación había sido hecha a favor de doña Vilma López Taiba, el Ministerio Público entendió que la misma se configuraba con tales antecedentes, por lo que el tribunal accederá a considerarla.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en consecuencia, benefician a la acusada dos circunstancias atenuantes, sin que la perjudiquen agravantes.

Así las cosas, estando frente a un concurso ideal impropio entre los delitos de uso malicioso de instrumento público falso y estafa, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 75 del Código Penal corresponde imponer la pena asignada al delito más grave, esto es la estafa. En ese entendido, al estar el delito de estafa sancionado en el presente caso, con la pena de presidio menor en su grado máximo, concurriendo dos atenuantes, el tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 inciso 4° del Código Penal, podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados. Dada la entidad de dichas circunstancias, este tribunal hará la rebaja en un grado, quedando la pena en presidio menor en su grado medio, fijándose el quántum de la misma dentro de tal grado en dos años, lo que parece condigno a las formas de comisión y el daño causado.

Por su parte, el delito de estafa tentada se sancionará de conformidad a lo dispuesto en el artículo 52 del Código Penal, imponiéndose la pena inferior en dos grados a la señalada por la ley para el delito, por lo que se aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo.

VIGÉSIMO QUINTO: Que no se concederá a la acusada ninguno de beneficios alternativos al cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas, pues considerando la conducta anterior y posterior dela acusada, como asimismo, la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, no puede concluirse que los beneficios establecidos en la ley 18.216 sean eficaces y necesarios para una efectiva readaptación y resocialización de la imputada.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente que consta del certificado extendido por doña Marcela Nilo Leyton, Secretaria titular del Cuarto Juzgado de Letras de esta ciudad, que doña María Meneses Barriga fue condenada en causa rol N° 35.721-5 de ese tribunal, a la pena de tres años

y un día de presidio menor en su grado máximo por el delito de giro doloso de cheque, otorgándosele el beneficio de la libertad vigilada. En atención al principio establecido en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, en el sentido que cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado debe haber un tratamiento final, único y ordenador a fin evitar incongruencias a la hora de considerar circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, lo que por razones de elemental lógica jurídica y coherencia en la decisión, debe extenderse también a los beneficios alternativos al cumplimiento de las penas, pues de lo contrario se podría dar el absurdo de que la tramitación y resolución separada llevara a la concesión de beneficios muy por sobre los cinco años de condena y los demás supuestos que la ley ha puesto como exigencias máximas o límites para ello.

Así, si se considera la pena impuesta en la causa señalada en el párrafo anterior y las penas que se impondrán en este juicio, resulta que la imputada será sancionada, en total, con penas privativas de libertad superiores a cinco años, de lo que sigue que, de haberse tramitado todas conjuntamente resultaría indiscutible que no podría otorgarse a la imputada beneficio alguno y, la tramitación separada que resulta de la puesta en marcha de un sistema procesal distinto, no puede importar mejorar la situación procesal de la acusada pues ello configuraría una cuestión de abierta desigualdad e injusticia.

VIGÉSIMO SEXTO: Que no se hará lugar a lo solicitado por la parte querellante en el sentido de ordenar la cancelación de la escritura pública de compraventa tantas veces referida en este fallo y de la inscripción a nombre de doña Vilma López Taiba en el registro respectivo del Conservador de Bienes Raíces de esta ciudad, de la propiedad ubicada en Avenida Argentina N° 1312, porque no resulta procedente ordenar su cancelación en este procedimiento, considerando que tal resolución ha de afectar derechos de terceros que no intervinieron como partes en este juicio, por lo que la petición de querellante deberá ser intentada en instancia civil, donde los afectados podrán hacer valer los derechos que les correspondan.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 7, 11 N° 6 y 7, 14 N° 1, 15 N° 1, 24, 30, 49, 50, 52, 67, 69, 70, 193, 194, 467 y 468 del Código Penal y artículos 4, 47, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, se declara:

I.- Que se condena a **MARIA GLADYS MENESES BARRIGA,** ya individualizado, a la pena de **DOS AÑOS** de presidio menor en su grado medio y al pago de una multa ascendente a **veintiuna unidades tributarias mensuales,** como autora del delito de uso malicioso de instrumento público falso en concurso ideal con el delito de estafa en perjuicio de Vilma López Taiba y de Norma Cortés Tapia, perpetrado en esta ciudad el día 30 de septiembre del año 2002.

II.- Que se le condena también, a la pena de **SESENTA Y UN DÍAS** de presidio menor en su grado mínimo y al pago de una multa ascendente a **cinco unidades tributarias mensuales,** como autora del delito de estafa en grado de tentativa en perjuicio de doña Magda Araya Illanes, perpetrado en esta ciudad en el mes de octubre del año 2002.

III.- Se le condena además, en cada delito, a las accesorias de suspensión de cargos u oficios públicos durante el tiempo de las condenas y al pago de las costas de la causa.

IV.- Si la sentenciada no tuviere bienes para pagar las multas impuestas, sufrirá por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses.

V.- Que no se concede a la sentenciada el beneficio de la remisión condicional de la pena ni otro alternativo, razón por la que deberá dar cumplimiento efectivo a las penas corporales impuestas, a partir de la fecha en que se le dé orden de ingreso al Centro de Cumplimiento Penitenciario que corresponda, comenzando por la más grave, esto es, la pena de dos años indicado en el numeral I de lo resolutivo

Para dicho efecto le servirá de abono el tiempo que la acusada estuvo detenida y sujeta a prisión preventiva, entre el 05 de febrero y el 20 de mayo del año 2.003, según consta del auto de apertura del juicio oral.

VI.- Que no se hace lugar a la petición de la parte querellante de cancelar la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces de esta ciudad de la propiedad ubicada en calle Avenida Argentina N° 1312 de Antofagasta a nombre de Vilma López Taiba.

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

Remítase copia de esta sentencia al Cuarto Juzgado de Letras de esta ciudad para los fines a que haya lugar.

Se previene que el juez Dinko Franulic Cetinic fue de la opinión de imponer a la acusada en el delito de estafa consumada la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio y, consecuente con ello, sin perjuicio de hacer suyo lo razonado en los párrafos segundo y tercero del considerando vigésimo quinto, conceder a la acusada el beneficio de la libertad vigilada por reunir los requisitos para ello.

Regístrese.

Redactada por la Juez **Myriam Urbina Perán**.

Rit 66-2003

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA MARCOS KUSANOVIC ANTINOPAI, MYRIAM URBINA PERÁN Y DINKO FRANULIC CETINIC.

- **Condena a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio, pago de una multa de 10 UTM, 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 Antofagasta.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. La Defensa sostuvo que se trataba de la falta del artículo 41 de la ley 19.366. En subsidio alegó las atenuantes de los números 6 y 9 del artículo 11 del Código Penal. El imputado reconoció haber tenido la droga, pero con el fin de consumirla personalmente junto a unos amigos. El Tribunal declaró que el verbo rector traficar implica difundir la sustancia a cualquier título, siendo irrelevante si se hace a título oneroso o gratuito. Para no estar penada, la tenencia debe ser para un uso personal exclusivo. Respecto de las atenuantes alegadas por la Defensa, las acogió. La primera por cuanto el acusado carecía de anotaciones penales anteriores, y la segunda porque la entrega inmediata y voluntaria de la droga dejó al Ministerio Público con un caso resuelto.

Texto completo:

Antofagasta, cinco de agosto de dos mil tres.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

1 °.- Que ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, constituido por la juez Presidente de la Sala Myriam Urbina Perán y los jueces Lorraine Gigogne Miqueles y Marcos Kusanovic Antinopai, se llevo a efecto la audiencia del juicio oral de la causa, rol interno del tribunal n° 69-2.003, seguida en contra de **CARLOS ALBERTO MENDIETA AGUIRRE**, cedula nacional de identidad n° 14.112.706-03, 24 años de edad, comerciante, sin antecedentes penales, domiciliado en calle Libertad n° 3.008 de esta ciudad.

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el Fiscal Adjunto, don Rafael Hauva Olguin acompañado por la abogada asesora de la Fiscalía Regional doña Lorena Ulloa Reyes, ambos domiciliados en calle Condell n° 2.235, de esta ciudad.

La defensa del acusado estuvo a cargo del abogado particular, don Fredy Valdovinos Albornoz, domiciliado en calle Washington N° 2562 Oficina 312 de esta ciudad.

2°.- Que el Ministerio Público fundo su acusación en que el 30 de octubre de 2.002, funcionarios de la Policía de Investigaciones se trasladaron basta calle Condell con el objeto de verificar la información de que un sujeto joven apodado como "El Niña" se estaba dedicando a la venta y distribución de clorhidrato de cocaína. En atención a lo anterior, y siendo las 20:20 horas aproximadamente los funcionarios policiales practicaron al acusado un control de identidad, incautándose en su poder 27 papelillos confeccionados con papel de color blanco contenedores de 15,1 gramos brutos de clorhidrato de cocaína; un paquete, de pequeñas dimensiones, contenedor de 8.0 gramos brutos de marihuana prensada; dos celulares y la suma de $ 19.000 en dinero efectivo.

Los hechos descritos, en opinión del Ministerio Público, configuran el delito de trafico ilícito de estupefacientes previsto y sancionado en el artículo 50 en relación con el artículo 10 de la ley 19.366.

Señaló que favorece al acusado la atenuante del artículo 11 n° 6 del Código Penal, por lo que solicito se le aplique la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínima, más las accesorias legales, multa de 40 Unidades Tributarias Mensuales, el comiso de dos teléfonos celulares y del dinero incautados y las costas de la causa.

3°.- Que, la defensa solicito se condene al acusado por la falta contemplada en el artículo 41 de la Ley 19.366, toda vez que, según expuso, tenía la droga para su consumo personal. En

subsidio, solicito que se acojan en su favor las atenuantes del artículo 11 n° 6 y n° 9 del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior y haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos. Finalmente, para el evento de ser acogida solo la primera de ellas, pidió que lo sea en el carácter de muy calificada, de acuerdo al artículo 68 bis del mismo Código y que la pena que se le imponga se rebaje en uno o dos grados.

El acusado prestó declaración en el juicio, reconociendo en síntesis que portaba la droga que le entrego a los policías. Dijo que la había adquirido a una tal "Karina" en la suma de $ 50.000 y que la tenía para consumirla con unos amigos con los que iba a ir a Juan López durante el fin de semana largo.

4°.- Que los intervinientes celebraron convenciones probatorias, por las cuales dieron por acreditados, para no ser discutidos en el juicio oral, los siguientes hechos:

1.- Que el imputado fue detenido el día 30 de octubre de 2002, frente al N° 2464 de calle Condell, siendo las 20:20 horas aproximadamente;

2.- Que el extracto de filiación y antecedentes del imputado no registra anotaciones penates anteriores.

3.- Que la sustancia incautada en este procedimiento dio resultado positivo para clorhidrato de cocaína con una valoración del 98%, y dio también positivo respecto a marihuana, detectando la presencia de Cannabinoles. Dejándose además constancia que el contenido neto del clorhidrato es de 5,8 gramos y de marihuana prensada de 5,4 gramos.

4.- Que el Servicio Médico Legal, su departamento de laboratorio, con fecha 8 de mayo de 2003, emitió un examen químico-toxicológico de la muestra de cabello perteneciente al acusado, la que concluye con resultado negativo a la presencia de marihuana, cocaína y benzoilecgonina;

5.- Que el Servicio Médico Legal, su departamento de laboratorio, con fecha 11 de enero de 2003, emitió un examen químico-toxicológico de la muestra de cabello perteneciente al acusado, la que concluye un resultado negativo a la presencia de marihuana y cocaína;

6.- Que en el Servicio Medico Legal, respecto de las muestras de pelo analizados en los informes precedentes, fueron recibidas con fecha 4 de diciembre del año 2002.

7.- Que de la orina del acusado, el servicio Médico Legal de Antofagasta practicó un informe químico-toxicológico, el que fue emitido el 2 de abril de 2003, el cual concluye que en la orina del imputado no se detectó la presencia de cocaína, ni marihuana, y la muestra fue recibida en el Servicio Medico Legal el 8 de noviembre del año 2002.

Tampoco fue discutido e incluso el mismo acusado reconoció que el día de los hechos tenía en su poder 27 papelillos confeccionados con papel de color blanco contenedores de 15,1 gramos brutos de clorhidrato de cocaína; un paquete, de pequeñas dimensiones, contenedor de 8.0 gramos brutos de marihuana prensada; dos celulares y la suma de $19.000 en dinero efectivo.

5°.- Que para el establecimiento del delito, el Ministerio Público presentó el testimonio de Martino Daniel Troncoso de Valenzuela, ex Jefe de la Brigada Antinarcóticos de la Policía de Investigaciones de esta ciudad, quien expuso que el 30 de octubre de 2.002, se recibió un llamado anónimo en el teléfono institucional n° 134, por el Sub Inspector Héctor Zuñiga, dando cuenta que un sujeto con ciertas características físicas, como estatura pequeña, de contextura mediana obesa y utilizaba el pelo largo tomado en cola, se encontraba vendiendo droga en calle Condell de esta ciudad.

Agregó que en la Brigada a su cargo, contaban con antecedentes anteriores emanados de una investigación preliminar en la que a raíz de la búsqueda de lugares en la ciudad donde se comercializaba droga, recabaron información de que había una persona que aprovechando su oficio de vendedor ambulante, se estaba dedicando a la venta de pequeñas dosis de clorhidrato de cocaína en el centro de la ciudad, logrando identificarlo como el acusado Carlos Alberto Mendieta Aguirre, por lo que siendo coincidente con la denuncia telefónica, se dispuso una vigilancia que se inició aproximadamente a las 19:30 horas de ese día y pudieron observar al acusado durante un poco mas de 40 minutos y no mas de una hora, pero no los vieron vender estupefaciente desde el puesto en que trabajaba.

Señaló que cuando el acusado se aprestaba a cerrar el local, tomó la decisión de efectuarle un control de identidad. En dicho procedimiento se identificaron como policías y le pidieron su cedula de identidad y este voluntariamente les entregó una bolsa que contenía

27 papelillos de droga a la que se le efectuó la prueba de campo o narcotest que arrojó coloración positiva para la presencia de cocaína. En el mismo momento el acusado entregó una bolsa que contenía hierba a la que efectuaron idéntico tratamiento, resultó positivo para cannabis sativa, por lo que previa lectura de derechos procedieron a su detención. Expuso que al momento de su detención le incautaron dos celulares y $ 19.000 en dinero efectivo.

Añadió que el clorhidrato de cocaína pesó aproximadamente 15,1 gramos bruto con un 98% de pureza según después supo y la marihuana que era prensada del tipo paraguaya, arrojó un peso de 8 gramos bruto.

El señor Fiscal le exhibió al testigo los envoltorios de la droga, consistentes en papelillos que fueron reconocidos por el como aquellos incautados durante el procedimiento, pudiendo también el tribunal apreciar sus características, como indicativas de lo sostenido por el testigo.

La Fiscalía también presentó a declarar a Héctor Leonardo Zúñiga García, Sub Inspector de la Brigada Antinarcóticos de la Policía de Investigaciones, quien fue coincidente con el testigo anterior, señalando que por un trabajo de inteligencia realizado en el sector central de esta ciudad durante aproximadamente dos semanas, lograron recabar información en el sentido que un individuo en calle Condell se dedicaba a la venta de drogas, por lo que se dedicaron a su búsqueda y lograron localizarlo. Agrego que el día de los hechos se recibió un llamado anónimo por el oficial de guardia al fono 134, pidiendo hablar con un funcionario de la Brigada, por lo que lo contactaron con la persona que correspondía a una voz femenina que le dio cuenta de un sujeto con las mismas características del acusado, indicando que vendía droga desde su puesto comercial.

Señaló que dio aviso al Jefe de la Brigada y se dispuso una vigilancia al acusado que se prolongo por aproximadamente 20 a 40 minutos, para observar si vendía droga a alguien. Como ello no ocurrió, su Jefe dio la orden de efectuarle un control de identidad y al pedirle la cedula, entregó la droga.

Al momento de su declaración, le fue exhibida una fotografía que reconoció como imagen correspondiente a los 27 papelillos de clorhidrato de cocaína, que estaban dentro de una bolsa de nylon blanco, el contenedor de marihuana, el dinero incautado conformado por un billete de $ 10.000, uno de $ 5.000, uno de $ 2.000 y dos de $ 1.000 y el test realizado ala droga, correspondiente a la prueba de campo realizada a la sustancia que arrojo coloración azul positiva. Dicha evidencia, que fue reconocida por el deponente impresiono como demostrativa de sus dichos.

Ambos testigos añadieron que, de acuerdo a su experiencia policial, droga de alta pureza como la incautada puede ser mezclada con otras sustancias para alcanzar un mayor peso y ganancia al venderla, explicando que cada gramo de clorhidrato de cocaína se vende en $10.000 por la que teniendo cada papelillo un peso de 0,5 gramos, el valor de comercialización de cada uno es de $ 5.000, por lo que al venderlos el acusado podía obtener unos $ 135.000 con una ganancia de $85.000 si invirtió los $50.000 que señaló.

Los dichos de los funcionarios policiales fueron concordantes entre si y aparecen abonados, al mismo tiempo, por la evidencia material que describen y las especies incautadas a las que se refirieron en el juicio. A lo anterior debe sumarse la circunstancia que, sobre estos antecedentes y resultados de la investigación policial, no se levanto ningún manto de duda.

Por lo expuesto, atendida la concordancia y contundencia destacada y a que no han merecido reparo ni cuestionamiento alguno, no cabe sino elevar el relato de los funcionarios aprehensores de la Policía de Investigaciones a la categoría de hechos de la causa, debiendo darse por establecido su acaecimiento en los aspectos mencionados al haber ambos explicado de manera conteste el procedimiento policial que dio origen a este caso, a partir de los datos aportados por un tercero y que permitieron el control del acusado en el local de comercio ambulante donde se desempeñaba, encontrándose en su poder un paquete con marihuana y una bolsa con 27 papelillos de clorhidrato de cocaína.

La defensa intento levantar duda, alegando que la droga estaba destinada al consumo personal del acusado, lo que fue desvirtuado principalmente por lo siguiente:

Los aprehensores señalaron que ante ellos y ante el fiscal, el acusado reconoció que tenía la droga para la venta, sin que fuera lógico ni creíble el apremio que acuso, en primer termino por no haberlo alegado ante el juez de garantía y en segundo lugar, por no ser razonable que se haya

verificado en ambas diligencias ni que en el evento de haberse cometido íntegramente cuando declaró ante los policías, como lo dijo, sus efectos se prolongaran basta el día siguiente, cuando prestó idéntica confesión ante el fiscal según dijo.

Abona lo expuesto, la circunstancia que los exámenes de orina y pelo que se le practicaron días después de los hechos, específicamente el 8 de noviembre de 2.002, no detectaran en el acusado algún tipo de sustancia estupefaciente que denotara su consumo y que al momento de su detención estaba aparentemente en normal estado físico, toda vez que nada se dijo en contrario y, además, se encontraba atendiendo el puesto o local ambulante de su familia, ubicado en el centro de esta ciudad.

Además, el acusado no portaba ningún elemento de aquellos considerados como característico para el consumo de la marihuana. En efecto, no se le encontraron ni encendedor, ni fósforos, ni pipas que son usadas generalmente para mezclar la marihuana y consumirla. En el mismo sentido, la forma de distribución de la droga que llevaba el acusado, esto es, en los contenedores que fueron incorporados como evidencia, revela que no estaba preparada para ser consumida y, por el contrario, acorde a lo afirmado por los mismos testigos de cargo de acuerdo a su experiencia, era típica del tráfico, al estar dispuesta en menos unidades que facilitan su venta y transferencia inmediata.

5°.- Que, los testimonios analizados se muestran conformes con el Informe del Sub Departamento Químico Analítico del Instituto de Salud Pública de Santiago, consistente en el Memo N° 0090 de fecha 15 de enero de 2003, dirigido al jefe Sección Estupefacientes por el Jefe Sub departamento Químico Analítico, quien da cuenta del análisis químico de las sustancias, según muestra N° 6669-A Polvo color marfil, que arroja una valoración positiva para cocaína base en 98% de pureza y muestra N° 6669-B Hierba, que arroja una valoración positiva para identidad cannabinoles. En este mismo orden la Fiscalía incorporó como prueba documental el acta de recepción de la droga, suscrita por la químico farmacéutico Pax Molina Veas, en su calidad de Jefe de la Unidad de Química y Farmacia, dependiente del Servicio de Salud de Antofagasta, que da cuenta de la recepción en dicha repartición de la droga decomisada y que arrojó un peso bruto aproximado de: 15,1 gramos de clorhidrato de cocaína y 6,2 gramos de marihuana. Señala que el peso neto aproximado para el clorhidrato de cocaína fue de 5,8 gramos y el de la marihuana fue 5,4 gramos, distribuidos en 27 papelillos y en un envoltorio de papel, respectivamente.

Por último, con relación a este caso, se acompañaron dos informes sobre tráfico y acción de cocaína y sobre acción de la cannabis en el organismo, emanados del Instituto de Salud Pública de Chile, Departamento Control Nacional, que dicen relación con el parte policial n° 119 de la Brigada Antinarcóticos de Antofagasta, suscritos por la químico farmacéutico Pamela Milla Nanjari, en su calidad de Jefa del Departamento de Control Nacional, destacando que el análisis de la muestra recibida, reveló la presencia de cocaína clorhidrato en un 98% y especie vegetal del genera cannabis.

6°.- Que, recapitulando sobre el análisis de la prueba realizado en los motivos anteriores, por tratarse de declaraciones prestadas ante el tribunal por testigos que han expuesto en forma pormenorizada y circunstanciada, en relatos que, además, fueron creíbles por ser concordantes en sus aspectos centrales y manifestados en coherencia, particularmente con la documental reseñada y la evidencia material incautada, es posible reconocer a la prueba del Ministerio Público el estándar de convicción necesario para dar por acreditado, más allá de toda duda razonable y con las convenciones probatorias del caso, que:

El 30 de octubre de 2.002, funcionarios de la Policía de Investigaciones de esta ciudad, se trasladaron hasta calle Condell para verificar la información que recibieron de que un sujeto, al cual tenían previamente individualizado en una investigación preliminar en curso como Carlos Alberto Mendieta Aguirre, se estaba dedicando a la venta de clorhidrato de cocaína en pequeñas dosis, por lo cual establecieron una vigilancia y alrededor de las 20:20 horas aproximadamente frente al n° 2.464 de esa calle, le practicaron un control de identidad, incautando en su poder 27 papelillos confeccionados con papel de color blanco contenedores de 5,8 gramos netos de clorhidrato de cocaína; un paquete, de pequeñas dimensiones, contenedor de 5.4 gramos netos de marihuana prensada; dos teléfonos celulares, marca Ericsson y Nokia, color azul y raja, respectivamente y la suma de $ 19.000 en dinero efectivo.

7°.- Que los hechos establecidos en el juicio, constituyen el delito de tráfico ilícito de estupefacientes contemplado en el artículo 5° de la ley 19.366, en la medida que se acreditó que habiéndose encontrado en poder del acusado, además de marihuana, una de las sustancias estupefacientes a que se refiere el inciso primero del artículo 1° de la Ley 19.366, este no justificó su tenencia mediante autorización competente, como tampoco que haya estado destinada a la atención de un tratamiento medico o a su usa personal exclusivo y próximo en el tiempo y antes reconoció que no tenía las finalidades reseñadas.

En efecto, el tráfico de estupefacientes es un delito de peligro en contra de la salud pública, que se consuma con cualquier comportamiento tendiente a la difusión de la droga en el conglomerado social, por cuanto la conducta típica del delito descrito en el artículo 5° inciso primero de la Ley 19.366 consiste en "traficar"; que no significa "comercializar", puesto que la ley expresamente se refiere a hacerlo "a cualquier título", el cual puede ser, por consiguiente, gratuito, pero que si implica "difundir", es decir, transferir a otro u otros onerosa o gratuitamente, pues es en esta difusión que se materializa el peligro para la salud de la comunidad.

Se trata, por consiguiente, de un delito de emprendimiento, como se deduce del inciso segundo del citado artículo, en el cual se presume que trafican los que, sin contar con la autorización competente "posean ... tales sustancias" e incluso los que las "adquieren ". Confirma tal conclusión el artículo 24 del mismo cuerpo legal, que equipara expresamente la tentativa con la consumación.

Por lo expuesto el delito de tráfico se perfecciona cuando se ejecuta un acto encaminado directamente a la mencionada difusión del estupefaciente, como lo es, en este caso, la circunstancia que el acusado, de acuerdo al reconocimiento que hizo ante los funcionarios policiales de que la droga la tenía para la venta y luego en estrados, cuando sostuvo que compró la droga porque la iba a consumir con unos amigos de su población, durante el fin de semana largo en Juan López. De sus dichos, entonces, se infiere que la droga que portaba estaba destinada, al menos en parte, al consumo de terceros. Por otro lado el acusado también dijo que consumía hace dos años y no se había sometido a ningún tratamiento médico.

En suma, sus propios dichos demuestran que el paquete de marihuana y los 27 papelillos de clorhidrato de cocaína que portaba consigo no estaban destinados a su uso personal exclusivo ni a la atención de un tratamiento médico, por lo que, para determinar la responsabilidad penal del acusado se descarta que la tenencia o posesión de la droga tuviera las finalidades reseñadas en el inciso segundo del referido artículo 5° de la Ley 19.366.

De la misma forma, su declaración prestada en estrados despeja toda posible duda que se presente por la exigüidad de la sustancia estupefaciente de que era portador, pues reconoció la tenía para transportarla hasta un sector cercano de la ciudad, el balneario de Juan López, con el propósito de transferir gratuitamente a terceros, al menos una parte de ella que estaba entonces destinada a ser difundida entre terceros, ósea, a su tráfico.

Sin perjuicio de lo anterior el tipo y naturaleza de ambas sustancias, la forma de distribución y ocultamiento en porciones susceptibles de ser transferidas a otras personas, sumados a las circunstancias en que fue hallada y al hecho que el acusado las portara en el puesto comercial ambulante que atendía en un sector del centro de la ciudad de conocida afluencia de público y transeúntes, como asimismo el dinero en billetes de baja denominación y dos teléfonos celulares utilizadas para este delito, permiten concluir que su tenencia estaba destinada decididamente a ser distribuida a terceros.

8°.- Que, la participación del acusado en el delito de tráfico establecido surge a partir de la indicación precisa que respecto de su persona efectuaron durante sus declaraciones los funcionarios policiales Martino Troncoso y Héctor Zuñiga, quienes explicaron de manera conteste el procedimiento policial que dio origen a este caso, logrando su detención en la calle Condell de esta ciudad e incautando la droga que tenía en su poder.

Contribuye a dar contundencia a los relatos policiales, la evidencia material conformada por la droga y el dinero incautado en el procedimiento señalado, cuya vinculación con el delito a estas alturas es innegable.

El acusado no dio explicaciones sobre el dinero incautado y, estando conformado por billetes de baja denominación, que según se pudo apreciar en la proyección fotográfica que se hizo en la

audiencia, era uno de $ 10.000 y el resto de $5.000, $2.000 y dos de $1.000, respectivamente, puede estimarse íntegramente como producto de la actividad que se le imputa de acuerdo a las circunstancias del caso. También los celulares que se le incautaron pueden vincularse a la ejecución del ilícito.

Pero aun mas, según ambos policías al acusado se le tomo declaración en presencia del señor fiscal y previa lectura de derechos, renuncio a su derecho a guardar silencio y manifestó que tenía la droga para venderla por problemas económicos, lo que, como se dijo, no fue desvirtuado por su afirmación no demostrada de haber sido apremiado ilegítimamente para reconocerlo.

Por último, su declaración ante el tribunal prestada en la audiencia, tal como se ha analizado en los motivos anteriores, en con junto con la prueba de cargo, terminó por forma definitivamente la convicción adelantada.

Todos estos antecedentes en con junto permiten dar por establecido, más allá de toda duda razonable, que Carlos Alberto Mendieta Aguirre intervino de una manera inmediata y directa en el delito de tráfico de estupefacientes que se le imputa, por lo que tuvo participación como autor del mismo.

9°.- Que, favorece al acusado la atenuante del artículo 11 n° 9 del Código Penal, esto es, haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.

El primer supuesto de la atenuante, esto es que el acusado presto colaboración, no ha sido cuestionado y surge de las declaraciones de los funcionarios policiales aprehensores, quienes fueron contestes en que el acusado voluntariamente les entrego la droga, lo que hizo de inmediato una vez que le pidieron su cedula de identidad y tal reacción se produjo prácticamente sin mediar palabra alguna de su parte. De esta manera es posible sostener que antes de la detención del acusado, por la colaboración que presto a los policías, la Fiscalía contaba con un caso de aquellos que se han denominado "policialmente resuelto" pues se habían reunido los antecedentes probatorios mas relevantes que fueron presentados en este juicio oral.

Además, como lo dijeron los mismos policías, durante la investigación el acusado aporto información sobre su proveedora y otras actividades de tráfico ilícito de estupefacientes que no lograron comprobar. En el mismo sentido el acusado se manifestó en estrados y tales antecedentes fueron confirmados por su abogado defensor quien, según expuso, tomo conocimiento de ello durante la investigación, dando cuenta de los mismo al señor fiscal.

Ante los referidos policías y luego ante el fiscal, el acusado reconoció que la droga la tenía para la venta, sin que fuera lógico ni creíble el apremio que acuso, en primer término por no haberlo alegado ante el juez de garantía y en segundo lugar, por no ser razonable que se haya verificado en ambas diligencias ni que en el evento de haberse cometido íntegramente cuando declaró ante los policías, como lo dijo, sus efectos se prolongaran hasta el día siguiente, cuando presto idéntica confesión ante el fiscal. No obstante, para arribar a la misma conclusión durante el juicio no se debió recurrir exclusivamente a dicho argumento y análisis, toda vez que el acusado reconoció que, al menos una parte de la droga iba a distribuirla entre terceros, lo que resulta sustancial ante la cantidad que le fuera encontrada como para establecer su destino ilícito.

Por lo expuesto se demuestra que la colaboración prestada por el acusado desde antes de su detención y hasta el juicio oral al declarar, fue sustancial, pues su actitud cooperadora permitió arribar al esclarecimiento de los hechos relativos al delito cometido y su participación, no obstante la exigua cantidad de la sustancia de que era portador y la presunción de inocencia que le favorecía hasta ese momento. La sustancialidad destacada lo es, particularmente por cuanto a través de su actitud colaboradora el tribunal pudo formarse plena convicción de que cometió efectivamente el delito de tráfico ilícito de estupefacientes que se le imputo.

10°.- Que, se accederá a la petición de atenuar la responsabilidad del acusado con la circunstancia del artículo 11 n° 6 del Código Penal, consistente en su irreprochable conducta anterior, toda vez que, según se estableció por convención probatoria, su extracto de filiación y antecedentes no registra anotaciones y el merito que corresponde atribuirle a tal hecho permite entender concurrente el supuesto de la atenuante que le fuera reconocida también por el Ministerio Público.

11°.- Que, beneficiando al acusado dos atenuantes, se rebajara la pena en dos grados desde el mínima asignado por la ley al delito

atendida la entidad de las mismas y de acuerdo a la decisión del Tribunal que al hacer uso de la facultad mencionada en este caso de microtráfico ha seguido la interpretación más favorable al acusado con el propósito de regular su efecto atenuatorio en la forma que estima mas adecuada al caso que nos ocupa.

Atendida la rebaja mencionada y no perjudicando al acusado agravante alguna, se regulará la pena en el mínimo posible dentro de dicho marco legal, esto es, en su parte más baja por tratarse en la especie de un delito de peligro.

12°.- Que, los antecedentes aportados al juicio oral son suficientes para vincular como producto del delito de tráfico ilícito de estupefacientes establecido, los teléfonos celulares y el dinero incautados al acusado, por lo que se decretará su comiso.

13°.- Que, al imponer al acusado la pena de multa para este delito como accesoria prevista por la ley, se ha decidido proceder a su rebaja por reunirse en la especie los supuestos del inciso segundo del artículo 39 de la ley 19.366.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 n° 6 y n° 9, 14 n° 1, 15 n° 1, 24, 26, 30, 31, 49, 50, 67, 68 y 69 del Código Penal; artículos 47, 295, 296, 297, 340, 342, 344 y 346 del Código Procesal Penal; y artículos 1, 5, 27 y 39 inciso segundo de la ley 19.366, se declara:

I- Se condena a CARLOS ALBERTO MENDIETA AGUIRRE, ya individualizado, a la pena de TRES AÑOS de presidio menor en su grado medio, a las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la candena y al pago de las costas de la causa, como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, cometido el 30 de octubre de 2.002 en esta ciudad.

II.- Se le condena, además, al pago de una multa ascendente a diez unidades tributarias mensuales.

Si el sentenciado no pagare la multa impuesta, sufrirá por vía de sustitución la pena de reclusión, regulándose un día por cada media unidad tributaria, sin que pueda exceder de seis meses.

III.- Reuniendo los requisitos del artículo 4° de la ley 18.216, se concede al sentenciado el beneficio de la remisión condicional de la pena corporal impuesta con un lapso de observación de tres años ante el Centro de Reinserción Social que designe o Antofagasta en subsidio, al que deberá presentarse dentro del quinto día de ejecutoriado este fallo, satisfaciendo las exigencias del artículo 5° de la señalada ley, bajo apercibimiento de serle revocado el beneficia concedido si así no lo hiciere.

Si el beneficio le fuese revocado o dejado sin efecto, cumplirá la pena integra y efectivamente y se le contará desde que se presente o sea habido, sirviéndole de abono al efecto, o para el evento de una sustitución del beneficio, el tiempo que ha permanecido interrumpidamente privado de libertad por esta causa a partir del 24 de octubre de 2.002, según consta del auto de apertura del juicio oral y hasta el día en que recupere la misma.

IV.- Caen en comiso los teléfonos celulares marca Ericsson y Nokia, color azul y raja, respectivamente y $19.000 en dinero efectivo incautados.

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

Regístrese.

Redactada por el Juez Marcos Kusanovic Antinopai.

Rit 69-2.003

PRONUNCIADA POR LOS JUECES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA MYRIAM URBINA PERAN, LORRAINE GIGOGNE MIQUELES Y MARCOS KUSANOVIC ANTINOPAI.

CORTE DE APELACIONES

- **Rechaza Recurso de protección interpuesto por la Defensa contra el Ministerio Público por una supuesta vulneración de derechos constitucionales.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Coyhaique.

Resumen:

La Defensa presentó un recurso de protección en contra del Ministerio Público argumentando que se habían violado los derechos constitucionales a la igualdad a la ley y a no ser juzgado por Comisiones especiales . Ello, por cuanto el Fiscal Adjunto denegó la diligencia de investigación consistente en el pesaje de las hojas de cannabis sativa incautadas, así como la petición subsidiaria de no incinerar las plantas. La Fiscalía sostuvo que procedía rechazar el recurso en atención a que el recurso fue presentado fuera de plazo, además de otros defectos formales. Respecto al fondo del recurso, afirmó que no se vulneraron derechos constitucionales, por cuanto faltó el acto ilegal o arbitrario. Como de especial relevancia resaltó el hecho de que la potestad de dirigir la investigación radica en el Ministerio Público. La Corte acogió el planteamiento de la Fiscalía y señaló que el recurso fue interpuesto extemporáneamente. Sin perjuicio de ello se manifestó respecto del fondo del recurso señalando que por norma constitucional y legal compete al Ministerio Público dirigir la investigación, no siendo procedente que los Tribunales de Justicia puedan actuar como superiores jerárquicos de éste, menos aún por la vía de una acción cautelar.

Texto completo:

Coyhaique, a veintisiete de marzo de dos mil tres.

VISTOS:

De fojas 13 a 25, comparece don Martín Bernales Odino, Defensor Penal Público, por Mauricio Andrés Manríquez Vera y por sí mismo interponiendo recurso de protección contra el Ministerio Público y solicitando acceder a las peticiones planteadas en el cuerpo del escrito, esto es

A) Respecto de los actos o omisiones en que se interpone este recurso en representación del Mauricio Manríquez.

a. 1) Decretar la imposibilidad de realizar el juicio penal incoado, dada la imposibilidad de ejercer todos los derechos que la ley otorga a quien esta imputado y, posteriormente, acusado de un delito.

a. 2) Deje sin efecto todas las actuaciones arbitrarias, sean éstos resoluciones particulares sobre el caso en cuestión o instrumentos que generen una actuación como la del presente caso.

B) Respecto de los actos y omisiones en que se interpone este recurso en mi calidad de defensor penal público:

b. 1) Deje sin efecto todas las actuaciones arbitrarias de carácter general materializadas en instructivos u otras formas de comunicación, que generen una actuación como la del presente caso.

b. 2) Ordene al Ministerio Público impedir la destrucción de las plantas de cannabis sativa en que exista controversia por su condición de prueba, en particular, y de otro elemento probatorio que esté siendo controvertido, en general. Esta es la única medida que permite al Juez de Garantía ejercer su jurisdicción, o decretar otras medidas que permitan restablecer el imperio del derecho, tanto en el caso de Mauricio Manríquez como frente a la amenaza que las actuaciones y omisiones del Ministerio Público constituyen al derecho a ser iguales ente la ley y al derecho a no ser juzgado por Comisiones Especiales.

Sostiene el recurrente, en cuanto los hechos que motivan esta acción cautelar que con fecha 31 de diciembre de 2002 solicitó del Ministerio Público, como diligencia de investigación el pesaje de las hojas plantas de cannabis sativa incautadas en causa RIT 7-2002 del Juzgado de Garantía de Coyhaique, RUC 0200153927-5. Con fecha 4 de enero de 2003 recibió, vía correo electrónico, la respuesta del Sr. Fiscal Adjunto negándose a ordenar lo solicitado por el defensor.

Luego de evaluar la situación y viendo la importancia de lo solicitado, con fecha 8 de enero de 2003 insistió en la petición agregando, subsidiariamente, que se diere orden de no incinerar las plantas sino se procedía al pesaje. Esta última petición tenía por finalidad discutir al cierre de la investigación la procedencia de la diligencia, tan como lo señala el artículo 257 del Código Procesal Penal. Como estas solicitudes no tuvieron respuesta reiteró ambas peticiones con fecha 14 de enero de 2003. Este mismo día recibió del fiscal adjunto una respuesta negativa a sus pretensiones. Frente a esta realidad con fecha 17 de enero de 2003, utilizó el mecanismo en el artículo 183 del Código Procesal Penal, reclamando ente al Fiscal Regional de las resoluciones antes dichas. El día 18 de enero del mismo año recibió respuesta del reclamo: como las hojas habían sido incineradas con fecha 16 de enero 2003 se rechazaba la reclamación por extemporánea.

Señala el actor como derechos conculcados en la situación subjudice, en primer término la igualdad ante la ley puesto, según su parecer, los actos y omisiones que señaló precedentemente, vulneran lo estatuido en el artículo 19 Nº 2 de la Constitución Política de la República, que garantiza a todas las personas la igualdad ante la ley.

En segundo término alega la recurrente que ha sido vulnerado el derecho o garantía a no ser juzgada por Comisiones Especiales contemplando en el artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política de la República de Chile.

Argumenta luego el actor que existen en la especie las siguientes acciones y omisiones arbitrarias 1) la resolución que no da lugar a la petición de ni incinerar plantas de cannabis sativa incautadas en investigación; 2) la resolución de no acoger el reclamo administrativo interpuesto contra el fiscal adjunto por extemporáneo; 3) las omisiones del Ministerio Público que permitieron la quema de las plantas cannabis sativa, objetos fundamentales en el juicio que se ventila en sede criminal; 4) toda instrucción, escrita o verbal, que ordene que no sean pesadas las hojas de las plantas cannabis sativa; y 5) toda instrucción escrita o verbal, que ordene la destrucción de plantas cannabis sativa o que impida su destrucción, en los casos que haya controversia sobre ellas.

Continúa exponiendo el articulista, que "ilegalidad" y "arbitrariedad" pertenecen al género común de las acciones antijurídicas, pero que la primera resulta de una violación de los elementos reglados de las potestades jurídicas conferidas a un sujeto público o reconocidas a un sujeto natural; y que la segunda importa la vulneración del uso razonable con que los elementos discrecionales de un poder jurídico han de ser ejercidos", por lo que no sólo lo ilegal es contrario a derecho, sino que también lo es lo arbitral, ya que un acto ejercido conforme a las facultades que las leyes confieren a quien lo ejecuta puede ser arbitrario si se realiza en forma abusiva o caprichosamente por lo que, y a la luz de estas definiciones que en la especie permitieron la destrucción de la prueba no cumplieron con el principio de objetividad ni con la obligación de examinar con igual celo lo que beneficia al imputado y por ellos son ilegales. Son, además arbitrarias por que en forma abusiva o caprichosa no se permitió, siquiera, la discusión en sede judicial sobre la relevancia de la prueba, como lo permite el Código Procesal Penal.

Afirma el recurrente que el Defensor Penal Público se encuentra legitimado para actuar tanto en representación de los intereses de Mauricio Manríquez Vera, imputado en causa RIT 7-2002 del Juzgado de Garantía de Coyhaique, cuyo RUC es el 0200153927-5. Justamente en tal calidad interpone recurso de protección contra los actos u omisiones que ya fueron indicados. El mismo Defensor Penal Público, en su calidad de tal interpone recurso de protección por los actos y omisiones arbitrarios identificados con los números 4 y 5 en el párrafo de su escrito denominado "Actos y Omisiones que se Impugnan", toda vez que existe una amenaza sería para poder ejercer en juicios presentes y futuros los derechos que se han conculcado en el caso de Mauricio Manríquez teniendo legitimaciones un órgano público, según Excma. Corte Suprema de Justicia ya que "la protección es verdaderamente general, porque tratándose del agravio sufrido por un particular, éste puede recurrir en contra del acto u omisión agraviante provocado por otro sujeto privado, o provocado por un ente u órgano estatal sea administrativo o de otra índole pero no sólo, también un este público puede recurrir de protección si sus derechos son agraviados, sea que provenga de un particular o de otro ende u órgano estatal".

En cuanto a legitimación pasiva sostiene en actor que se deduce este recurso contra el

Ministerio Público fundándose en que todos los actos y las omisiones son imputables a este institución por expresa disposición legal. En efecto el artículo 2º de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público señala que "el Ministerio Público realizará sus actuaciones procésales a través de cualquiera de los fiscales que investiga en ella", asunto confirmado respecto de los fiscales adjuntos en el artículo 44 de la misma ley señala que ""los fiscales adjuntos ejercerán directamente las funciones del Ministerio Público en los casos que se les asigne"" y respecto del fiscal regional en el artículo 27 del mismo cuerpo legal".

A fojas 1 rola resolución Nº 049-003 del 24 de enero de 2003, del Fiscal Regional del Ministerio Público de la Región de Aysén, que rechaza el reclamo presentado por Martín Bernales Odino, por extemporáneo.

A fojas 3 rola presentación del Defensor Penal Público y recurrente en estos autos en que pide al Fiscal Adjunto de la investigación RUC 0200153927-5, realizar examen toxicológico de drogas a Mauricio Manríquez y pesar las hojas de las plantas cannabis sativa incautada de fecha 31 de diciembre de 2002.

De fojas 4 a 8 rola presentación del Defensor Penal Público recurrente al Ministerio Público y reclamo deducido ante el mismo.

De fojas de 9 a 11 rolan copias de correos electrónicos enviados por el recurrente al señor Fiscal Adjunto Naim Lamas Caamaño.

A fojas 12 rola resolución de fecha 3 de enero de 2003, del Fiscal Adjunto Naim Salvador Lamas Caamaño en que no accede a la solicitud de pesajes de las hojas de plantas cannabis sativa, por ser con el arreglo al artículo 183 del Código Procesal Penal, inconducente tal diligencia.

A fojas 32 rola ordinario Nº 148 del Director del Servicio de Salud de Aysén de fecha 14 de enero de 2003 que comunica a la Fiscalía Regional del Ministerio Público la quema de sustancias psicotrópicas y estupefacientes decomisadas durante el año 2002 a realizarse el jueves 16 de enero de 2003.

De fojas 33 a 35 rola acta de destrucción Nº 01-2003 del Servicio de Salud de Aysén, con fecha 16 de enero de 2003 a las 15:30 horas que da cuenta de la incineración de diversos decomisos de drogas prohibidas.

Informando de fojas 37 a 46 el Ministerio Público Regional solicita se declare en definitiva que el presente recurso de protección es inadmisible o en subsidio su total rechazo, en ambos casos con costas, en atención a que la petición del recurrente fue denegada con fecha 3 de enero de 2003, por considerar que se trataba de una diligencia inconducente para la acreditación tanto del ilícito de siembra y cultivo de especies del género cannabis como de la participación punible. Ello en consideración a que el procedimiento a seguir en estos casos se refiere al pesaje íntegro de las plantas incautadas con independencia de la cantidad, dimensión, forma y peso de las hojas, toda vez que lo que se sanciona es el cultivo de las plantas del género cannabis y no el de sus hojas. Los actos y omisiones que se pretende impugnar con la interposición del recurso son variados no porque éstos hayan acaecido y vulnerado garantías del Sr. Manríquez sino por cuanto de esta manera, la defensoría pretende correr artificialmente los plazos para quedar dentro de los 15 días que establece el Auto Acordado de la Exma. Corte Suprema para su interposición.

En cuanto a la forma, el recurso, según sostiene el recurrido es inadmisible por extemporáneo, por falta de determinación del acto contra el cual se recurre y por no constituir esta acción cautelar la vía para la impugnación de los actos recurridos toda vez que, la denegación de una determinada diligencia investigativa (que se pesen las hojas), fue resuelto por el Fiscal Adjunto a cargo del cado, el 3 de enero de 2003, tomando conocimiento el defensor el día 4 de enero del presente, en circunstancias que el recurso se interpuso recién el 29 del mismo mes, es decir, vencido largamente el plazo para ello. Dado que el presunto acto arbitrario o ilegal es la denegación reseñada, las posteriores reiteraciones de la petición o los reclamos subsecuentes no pueden tener la virtud de hacer renacer el plazo, puesto que ello significa que bastaría reiterar una petición para hacer renacer el plazo, lo que no es admisible.

No obsta a lo anterior la solicitud subsidiaria de que se ordenara no incinerar las plantas, efectuada conjuntamente con la reiteración de la diligencia principal (pesajes), denegada el 31 14 de enero, pues ello es irrelevante frente a la diligencia solicitada (es decir) se incineraran o no, ella no se realizaría), al paso que tal incineración es imperativo legal (art. 26 de la Ley 19.366), al cual el Fiscal no puede sustraerse.

En el entendido que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y que al haberse rechazado la diligencia de pesaje de las hojas de cannabis sativa, por inconducente igualmente se rechazaría la solicitud en orden a detener la quema de las plantas, el recurso se presentó extemporáneamente. En efecto, conforme lo ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia de nuestros altos tribunales, el plazo de interposición del recurso de protección se cuenta desde que se hubiere cometido el acto incurrido en la omisión arbitraria o ilegal y no desde la producción de sus efectos. No cabe aceptar el criterio de que dicho plazo no se extingue en consideración a que el hecho denunciado se ha mantenido en forma continua y permanente en el transcurso del tiempo, por cuanto ello implicaría dejar al arbitrio de quien intente el recurso la determinación del plazo.

Agrega el Ministerio Público recurrido que no se aclara en el cuerpo del escrito del recurso cual es, precisamente, el acto que lo origina ya que no puede pretenderse que sea un conjunto de situaciones constitutivas de varias acciones y omisiones que se reseñan, ya que ello conlleva la falta de especificidad que acarrea la indefensión del recurrido, pues sólo debe suponer cual es el acto arbitrario ilegal que se reclama.

Tampoco de determina en el libelo del recurso la identidad de persona natural que, siendo funcionario del Ministerio Público, haya incurrido en los actos u omisiones arbitrarias e ilegales que por el presente se informa. Es más en los términos en que está redactado el recurso de protección, se da el absurdo de que el Jefe de Servicios Subrogante de esta Región comparece firmando, sin tener participación directa en los hechos por los que se recurre de protección.

El recurso de protección tiene por objeto amparar garantías constitucionales expresamente mencionadas en la Carta Fundamental, mediante la adopción de medidas urgentes que sean necesarias para restablecer alguna situación que hubiere sido perpetuada como consecuencia de acciones u omisiones arbitrarias o ilegales.

En efecto, a través de la interposición del presente recurso pretende primero que la Iltma. Corte de Apelaciones de esta ciudad declara "la imposibilidad de realizar el juicio penal incoado, es decir que declare al señor Manríquez como un sujeto inimputable penalmente apoyándose para ello es una supuesta vulneración de derechos.

El recurso de protección tiene por objeto garantizar derechos existentes, indiscutidos y palmarios, no derechos controvertidos como en el presente caso, ya que esta institución se desnaturalizaría transformándola en un juicio sumarísimo mediante el cual se declara la existencia de un derecho. Así lo ha expresado nuestra Excma. Corte Suprema, en fallo de 25 de julio de 1984, "Aquel que pide protección y en cuyo favor se solicita debe estar privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio de un derecho de aquellos que protege la Constitución en el artículo 20, vale decir, que aquel que lo impetra tenga el pleno y legal ejercicio de él, sin que pueda caber duda acerca de si lo tiene o no, pues de lo contrario la protección no sería un recurso sino un juicio y todavía más, un juicio sumarísimo mediante el cual se declara la existencia de un derecho.

Cabe destacar que la acción de protección tiene como finalidad únicamente restablecer el imperio del derecho con ello se quiere significar que frente a una vulneración grave de los derechos de una persona, se mantenga el status que vigente en el desenvolvimiento de los derechos, impidiendo precisamente las acciones de facto que alteren el orden jurídico.

Pretende a través de esta vía que se derogue una norma legal o se infrinja por parte del Ministerio Público una norma de carácter legal, en beneficio de un imputado o de varios en forma indeterminada. Toda vez que, conforme al artículo 26 de la 19.366 establece la obligación por parte de los funcionarios policiales poner a disposición del Servicio de Salud correspondiente las especies incautadas dentro de las 24 horas siguientes. A su turno el Servicio de Salud tiene la obligación "legal" de destruir las especies incautadas, salvo que se discuta la tenencia de posesión legal de las especies.

Es improcedente la petición de la defensoría en ordenar a que se impida al Ministerio Público de destrucción de las plantas cannabis sativa, en que exista controversia por su condición de prueba en particular, y de otro elemento probatorio que esté siendo controvertido en general.

Sostiene el Ministerio Público recurrido que, en cuanto al fondo de la acción de protección debe ser rechazada por ausencia de acto ilegal o arbitrario, por inconducencia de la diligencia solicitada por ausencia absoluta de conculcación de ninguna garantía constitucional y por

improcedencia de las peticiones sometidas por el recurrente a la decisión del tribunal, todo ello con arreglo a los artículos 80 A de la Constitución Política de la República y artículos 3º del Código Procesal Penal y 1º y 4º de la Ley 19.640, como asimismo en virtud de los artículos 2º y 26 de la Ley 19.366, 9 y 183 del Código Procesal Penal.

No se ha trasgredido la igualdad ante la ley, pues no se ha actuado en forma diferente ante casos iguales. El recurrente no puede indicar que se le haya dado un trato diferente al de otro imputado en un caso ni siquiera semejante. El reproche que se hace valer al efecto, una eventual desigualdad en un juicio futuro, podría, a lo mas, asilarse en otra garantía constitucional, la del debido proceso o la de una racional y justa investigación, la cual no se invoca, y además, tampoco existe.

Conculcación de la garantía de no ser juzgado por comisiones especiales. Tampoco se ha violado, pues no cabe confundir la potestad que tiene el Fiscal de dirigir la investigación. Es decir, el decretar determinadas diligencias o negarse a practicar otras con un juzgamiento jurisdiccional, por ser, en esencia actos absolutamente diferentes en múltiples aspectos, todos centrados en que la investigación es una etapa de recolección de evidencia, para indagar la real ocurrencia de ciertos hechos, al paso que la decisión jurisdiccional es la resolución de un conflicto a través de un acto jurisdiccional llamado sentencia, facultad privativa de los tribunales de justicia competentes. Dicho de otro modo, la investigación es una etapa previa y distinta a la de juzgamiento.

Se pretende que, con relación al caso particular del imputado Manríquez, se decrete la imposibilidad de realizar el juicio oral, pues no se podría ejercer en plenitud su derecho a defensa y, además, que se deje sin efecto toda actuación que genere el acto estimado ilegal, sea una resolución particular o un instructivo general.

En primer término, según la jurisprudencia invariable al respecto las cuestiones que deben ser sometidas a decisión de un tribunal en particular, por derivarse de un caso en actual litigio sobre el cual tiene competencia, deben ser únicamente resueltas por ese tribunal y , en su caso recurridas por las vías jurisdiccionales correspondientes.

Si el recurrente estima que su representado de hallaba en situación de no poder ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales de rango constitucional, debió hacer uso de la facultas que le consagra el artículo 10 del Código Procesal Penal.

A fojas 48 quedó este recurso en estado de acuerdo.

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que funda su pretensión la recurrente en que con fecha 31 de diciembre de 2002, en su calidad de Defensor Penal Público solicitó al Ministerio Público como diligencia de investigación en la causa RUC 0200153927-5, RIT 7-2002 del Juzgado de Garantía de Coyhaique, el pesaje de las hojas cannabis sativa incautadas en dicho procedimiento, recibiendo el 4 de enero de 2003, vía correo electrónico la respuesta negativa del señor Fiscal Adjunto respecto a la diligencia indicada, insistiendo en ella el 8 de enero de 2003 y pidiendo subsidiariamente, que se diere orden de no incinerar las plantas si no se procedía a su pesaje, petición esta última encaminada a discutir al cierre de la investigación la procedencia de la diligencia con arreglo a lo estatuido en el artículo 257 del Código Procesal Penal. No habiendo tenido respuesta las aludidas solicitudes reiteró ambas con fecha 14 de enero de 2003, recibiendo ese mismo día respuesta negativa del Fiscal Adjunto sus pretensiones. Ante ello el 17 de enero de 2003 recurrió al mecanismo establecido en el artículo 183 del Código Procesal Penal, reclamando ante el Fiscal Regional de las resoluciones del Fiscal Adjunto, tantas veces mencionadas. El 18 de enero de 2003 recibió respuesta de reclamo interpuesto rechazando su reclamación por extemporánea, toda vez que las hojas en cuestión habían sido incineradas el 16 de enero de este mismo año.

SEGUNDO: Que en virtud de lo procedentemente expuesto, el actor estima que el recurrido le ha conculcado en la situación subjudice las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y la de no ser juzgado por Comisiones Especiales contempladas en el artículo 19 Nº 2 y 19 Nº 3 inciso 3 del la Constitución Política de la República de Chile, existiendo a su juicio en la especie las acciones y omisiones arbitrarias que a continuación se señalarán. 1) la resolución que no da lugar a la petición de no incinerar plantas de cannabis sativa incautadas en investigación criminal; 2) la resolución de no acoger el reclamo administrativo interpuesto contra el fiscal adjunto por extemporáneo; 3) las omisiones del Ministerio Público que permitieron la quema de las plantas

cannabis sativa, objeto fundamentales en el juicio que se ventila en sede criminal; 4) toda instrucción, escrita o verbal, que ordene que no sean pasadas las hojas de las plantas de cannabis sativa; y 5) toda instrucción, escrita o verbal, que ordene la destrucción de plantas de cannabis sativa o que impida su destrucción, en los casos que hayan controversia sobre ellas.

TERCERO: Que con el mérito de las piezas acompañadas de fojas 1 a 12 y 32 a 35, amen de lo expuesto por las partes y apreciando todos estos antecedentes conforme a las reglas de la sana crítica, queda acreditado que lo controvertido en la presente acción cautelar es la situación producida por la pretensión del señor Defensor Penal Público recurrente, en cuanto someter a pesaje las hojas de unas plantas de marihuana (cannabis sativa) decomisadas e incautadas en el procedimiento investigativo desarrollado en los roles RUC 0200153927-5, RIT 7-2002 del Juzgado de Garantía de Coyhaique y, a su vez, la negativa del señor Fiscal Adjunto a acceder a tal diligencia y, posteriormente a prohibir la incineración de las plantas en cuestión, lo que el Defensor Penal Público recurrente estima como un conjunto de acciones arbitrarias e ilegales que afectarían las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 Nº 2 y 3 inciso de la Constitución Política de la República de Chile.

CUARTO: Que al informar la recurrida de fojas 37 a 46 no desconoce los hechos anteriormente mencionados y comprobados en el considerando que antecede, si no que hace latas alegaciones en cuanto a la inadmisibilidad por extemporaneidad, por falta de determinación del acto y persona contra el cual se recurre, por no constituir esta acción la vía para la impugnación de los actos recurridos, pidiendo además el rechazo de la presente acción cautelar, por ausencia de actos ilegales y arbitrarios, inconducencia a la diligencia solicitada, inexistencia de conculcación de ninguna garantía constitucional e improcedencia de las peticiones sometidas por el recurrente a la decisión del tribunal.

QUINTO: Que en la especie y en primer término, es necesario determinar si el presente recurso fue presentado dentro del plazo que estipula el correspondiente auto acordado de la Excma. Corte Suprema de Justicia al respecto, comprobándose que la providencia a la diligencia solicitada pro el Defensor Penal Público don Martín Bernales Odino con fecha 31 de diciembre de 2002 y cuya fotocopia obra a fojas 3 fue denegada por el señor Fiscal Adjunto a cargo del caso el 3 de enero de 2003, tomando conocimiento de ello el señor Defensor Penal Público al día siguiente 4 de enero del mismo año en curso igualmente consta a fojas 13 que el presente recurso de protección fue presentado el día 29 de enero de 2003 a las 22:51 horas, esto es, habiendo vencido ampliamente el plazo de 15 días que el recurrente tenía para deducirlo y debiendo tenerse presente que el término para la interposición del recurso de protección se cuenta desde que se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal y no desde que se produzcan sus efectos, por lo que la pretensión del actor en cuanto a que dicho plazo habría estado vigente a la fecha de presentación de su libelo, toda vez que había reiterado la petición primitiva pidiendo subsidiariamente se ordenara no incinerar las plantas lo que fue denegado con fecha 14 de enero, no sería procedente pues es imposible aceptar ni jurídica ni racionalmente que un interesado pueda mantener vigente el término para deducir la acción cautelar de que se trata mediante reiteraciones de las peticiones, presentaciones o reclamos subsecuentes al primitivo, ya que de tal forma y de aceptarse, quedaría totalmente al arbitrio de quien intente el recurso la determinación del plazo para hacerlo, y la reiteración de una presentación o petición sería suficiente para hacer renacer éste.

SEXTO: Que sin perjuicio de lo anteriormente concluido es menester tener presente que según lo dispone el artículo 80 A, de la Constitución Política del Estado "Un organismo autónomo, jerarquizado con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso ejercerá la acción penal pública en forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales.

El ofendido por el delito y las demás personas que determina la ley podrán ejercer igualmente la acción penal.

El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo,

las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso.", disposición de la cual fluye manifiestamente la absoluta exclusividad del Ministerio Público para dirigir la investigación en el ámbito penal, sin intervención de otros organismos y con la sola actuación de los juzgados de garantía en los casos y situaciones que la ley así expresamente lo dispone. Dichas conclusiones están en concordancia con lo dispuesto en la Ley Nº 19.640, Orgánica, Constitucional del Ministerio Público, particularmente en su Título I.

SÉPTIMO: Que lo anteriormente referido tiene correlación y se une a lo estatuido en las disposiciones del párrafo 3° del Título I del Libro Segundo del Código Procesal Penal que trata y reglamente las actuaciones de la investigación criminal en particular en lo referido en sus artículos 180, 181 y 188 sin perjuicio a lo dispuesto en el artículo 257 del mismo texto procedimental.

OCTAVO: Que por otra parte, la pretensión del recurrente en cuanto a que esta Corte al conocer de esta acción cautelar y por esta vía procediera a dejar sin efecto la instrucción Nº 16 del Ministerio Público, dictada por el señor Fiscal Nacional, ya que según sostiene tal acción procedería, es absolutamente inaceptable más aún cuando del texto del artículo 26 de la Ley 19.366 sobre Tráfico de Estupefacientes y sustancia sicotrópicas fluye claramente la obligación que tiene el Servicio de Salud para destruir todas sustancia de esa naturaleza incautada o decomisada y, por otra parte, con arreglo a las disposiciones de los artículos 73 a 80 de la Constitución Política de la República de Chile, de las del Código Orgánico de Tribunales y de la Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, como asimismo al tenor del texto del Código Procedimental Penal, no aparece en parte alguna que el Poder Judicial por intermedio de sus tribunales pueda actuar como superior jerárquico del Ministerio Público y menos aún, por lo tanto, tendría facultades para dejar sin efecto actuaciones o instrucciones de él emanadas, actuando por la vía de la acción cautelar constitucional que aquí se discute, lo que queda refrendado por lo ordenado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política del Estado que al efecto disponen: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tango a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley." "Los órganos del Estado actúan válidamente previa envestidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las Leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale."

A lo anterior cabe agregar que esta Corte no estima conveniente ni adecuado el hecho que se produzcan conflictos de la naturaleza del que se conocido en estos autos y que se llegue a la interposición de acciones de jerarquía constitucional, que denote una mala relación entre los principales actores de la Reforma Procesal Penal.

NOVENO: Que arbitrariedad necesariamente desde el punto de vista conceptual debe vincularse y relacionarse con la noción de actuares u omisiones que pugnan con la lógica y la recta razón contradiciendo el normal comportamiento, sea de la autoridad o de los seres humanos en particular, que se rige por principios de racionalidad, mesura y meditación previa a la toma de decisiones y no por el mero capricho o veleidad, que constituiría la primera.

Por su parte la existencia de ilegalidad conjuga tanto un concepto amplio o definición "marco" consistente en la idea de toda conducta contraria a Derecho, o más técnicamente, necesariamente antijurídica, como también una interpretación exegética de no respetarse o infringirse el tenor literal de la norma jurídica en particular.

DECIMO: Que los presupuestos procésales para determinar la admisibilidad del recurso de protección necesariamente deben consistir, al tenor de las disposiciones del artículo

20 de la Constitución Política del Estado y Auto Acordado de 4 de marzo de 1998 de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Garantías Constitucionales; en la acción u omisión de un tercero, quien quiera sea éste si particular o una autoridad; ilegalidad o arbitrariedad de esa acción u omisión y amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de un Derecho constitucional garantizado por medio del recurso de protección.

DECIMO PRIMERO: Que teniendo por objeto el recurso de protección de garantías constitucionales amparar a personas naturales o jurídicas que por actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufran privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de las garantías señaladas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República con la finalidad de restablecer el imperio del Derecho y no dándose en la especie los presupuestos procesales copulativos para determinar su admisibilidad, será menester que estos sentenciadores rechacen la presente acción cautelar.

DECIMO SEGUNDO: Que en la tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales los antecedentes se aprecian de conformidad a las reglas de la sana crítica.

Por estas consideraciones y atendido lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile y Auto Acordado de 4 de Mayo de 1998 de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se declara que **SE RECHAZA** en todas sus partes el recurso de protección deducido de fojas 13 a 25 por son Martín Bernales Odino, Defensor Penal Público por sí y por Mauricio Andrés Manríquez Vera, sin costas.

Regístrese , notifíquese y archívese.

Redacción del Ministro Titular don Hugo Andrés Bustos Pérez.

Rol Nº 4-2003

PRONUNCIADA POR EL SEÑOR PRESIDENTE TITULAR DON SERGIO FERNANDO MORA VALLEJOS, LOS SEÑORES MINISTROS TITULARES DON HUGO ANDRES BUSTOS PEREZ Y DON PEDRO LEÑAM LICANCURA.
AUTORIZA DON LUIS ALEJANDRO CONTRERAS PAVEZ, SECRETARIO SUBROGANTE.

- **Acoge apelación interpuesta por la Fiscalía revocando sentencia de Juez de Garantía que había absuelto al acusado, y lo condena a la pena de treinta días de prisión en su grado medio y multa de 4 UTM por el delito de hurto tentado, a trescientos días de presidio menor en su grado mínimo como autor del delito de amenazas no condicionales y a las accesorias legales correspondientes a cada uno de los delitos.**

Tribunal: Corte de Apelaciones de Talca.

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor de los delito de hurto en grado de frustrado y amenazas condicionales. La Defensa solicitó la absolución fundada en que la acusación refería hechos ocurridos un día 23 de diciembre de 2002, en tanto que los hechos acreditados ocurrieron un día 13 de diciembre del mismo año. El Tribunal, en procedimiento simplificado, resolvió absolver al acusado haciendo suyos los argumentos de la Defensa. Sostuvo que el Tribunal no podía condenar por hechos o circunstancias no contenidos en la acusación. La Corte de Apelaciones de Talca acogió la apelación interpuesta por el Ministerio Público, condenando al imputado por los delitos por los cuales fuera acusado. Al efecto declaró que no procedía estimar que habría una falta de congruencia entre la acusación y un fallo condenatorio por un error que manifiestamente tiene el carácter de tal.

Textos completos:

San Javier, veintisiete de mayo de dos mil tres.

Vistos y teniendo presente:

***PRIMERO*:** Que ante este Juzgado de Garantía de San Javier, la Fiscal Adjunto del Ministerio Público doña Grace Salazar Barra, dedujo acusación en contra de don Félix Alfredo Medel Larenas, sin oficio, domiciliado en Población Rincón de Lobos s/n de Villa Alegre, representado por el Defensor Penal Público Local, don Ulises Gómez Núñez, por los siguientes hechos: El día 23 de diciembre de 2002, aproximadamente a las cero horas, don Félix Alfredo Medel Larenas, ingresó al negocio de alcoholes ubicado en calle Abate Molina Nro. 730, de la comuna de Villa Alegre, de propiedad de don Sergio Enrique Morales Lara, con la finalidad de sustraer el dinero que se encontraba en la caja registradora, suma de ochenta mil pesos, siendo sorprendido por el hijo del dueño, don Sergio Enrique Morales Bustamante, con el cuerpo encima del mesón y la mano dentro de la caja registradora. En ese momento, al ser sorprendido se dirigió hasta la puerta del local, siendo aprehendido por la víctima y llevado a la Subcomisaría de Villa Alegre, y entregado a funcionarios de dicha dotación en cuya presencia, procedió a amenazar a la víctima, señalándole que atentaría contra la vida de éste, que lo tenía identificado y que se la "cobraría".

A juicio de la Fiscalía, los hechos configuran los delitos de hurto en carácter de frustrado, según el artículo 446 Nº3, en relación al artículo 7 inciso 2 ambos del Código Penal, y amenazas condicionales del artículo 296 Nº 2 del Código Penal, por cuanto no cumplieron su propósito, aunque podrían cumplirse en un futuro incierto. Atribuye al acusado participación en calidad de autor.

***SEGUNDO*:** Que la Fiscal del Ministerio Público, de conformidad a lo previsto en el artículo 406 y siguientes del Código Procesal Penal, modificó la acusación, y en tal sentido, requirió para el delito de hurto frustrado la pena de cuarenta y un días de prisión en su grado máximo, más las accesorias legales, y respecto del delito de amenazas condicionales, la pena de 301 días presidio menor en su grado mínimo.

***TERCERO*:** Que el acusado, advertido de sus derechos, libre y voluntariamente, aceptó los hechos referidos en la acusación y manifestó su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado normado en el Titulo III del Libro Cuarto del Código Procesal Penal.

***CUARTO*:** Que el tribunal atendida la extensión de la pena requerida, la suficiencia de los antecedentes, y el acuerdo del imputado aceptó la

solicitud, abriendo debate a las partes, exponiendo la Fiscal, las actuaciones y diligencias de investigación que fundaban la imputación, siendo estas las siguientes:

a.- Declaración de don Sergio Enrique Morales Bustamante, quien señaló que un día, no recuerda cual exactamente, se encontraba en la casa de su padre Sergio Morales Lara, en Abate Molina N° 730, a eso de las 12:30, de la noche, él que tiene un negocio (Bar- Restaurante), junto a su madre Hilda Bustamante, se encontraba en la cocina y al ver por el espejo que da al negocio, vio a un joven que no conocía, que estaba dentro del negocio, él que pensó que era un cliente, salió para atenderlo y se percató, que éste se encontraba en el interior donde estaba la caja sacando dinero, donde al verlo le preguntó "Que busca" y éste dio la vuelta por atrás salió corriendo tomándolo a la salida, éste comenzó a tirar "puñetes" donde trató de defenderse, le gritó a su papá, lo sujetaron y llamaron a Carabineros, quienes les informaron que no había personal en ese momento, pero que buscaran alguna forma de trasladar al joven, hasta el Retén, haciéndolo por medio de un taxi – colectivo, del que no conoce quien era el conductor, y lo echaron a la maleta lo llevaron al Retén y lo entregaron a un Carabinero de guardia que estaba ahí. Cuando lo bajaban el joven, comenzó a amenazarlo con matarlo cuando saliera.

b.-Dichos de Sergio Enrique Morales Lara, quien manifestó que un día viernes, si no se equivoco, el día 13 de diciembre, cerca de las 23:00 a 23:30 horas, estaba con su familia, y por casualidad se encontraba su hijo Sergio Enrique Morales Bustamante, agrega que tienen un espejo acusador ubicado en una esquina del negocio, con el cual detectaron a una persona que entró al negocio, que esta persona estaba en el cajón de la plata, pero con el cajón entreabierto, su hijo le gritó ¡Que estas haciendo!, por lo que salió arrancando del lugar, atajándolo su hijo a la salida, trató de agredir a su hijo y el lo tomo por detrás. Luego llamó a Carabineros, y estos dijeron que hiciera lo posible para llevarlo, porque no tenían personal disponible, llamaron a un taxi y lo llevaron a la comisaría. En dicho lugar, trató de agredirnos y armó un boche, les amenazó diciéndolos "espérense lo que les va a pasar cuando salga".

c.- Testimonio de don Héctor Hernán Villegas Montiel, quien declara que el día 13 de diciembre de 2002, en circunstancia que se encontraba de guardia en la Sub. Com. De Villa alegre, encontrándose en el exterior de esta se dio cuenta de un taxi colectivo, donde bajaban dos personas las que le manifestaron que traían un detenido en el porta maletas, procediendo a llevarlo al interior de la guardia, dando cuenta a la Fiscal de turno. Agrega que en su presencia Félix Alfredo Medel Larenas, amenazó de muerte a Sergio Morales Bustamante.

d.- Informe N° 250, de Sección de Investigación Delictual de Carabineros, en el que consta el objeto de la investigación; teniendo por objeto informar a la Fiscalía Competente, las diligencias policiales realizadas en el sitio del suceso. Entre los elementos ofrecidos consta con el Parte N° 779 de fecha 13-12-2002, de la Sub-Comisaría de Carabineros Villa Alegre, Sitio del Suceso Cerrado, tratándose de un negocio de alcoholes; las operaciones se realizaron por instrucción de la Sra. Fiscal de turno doña Grace Salazar Barra, el día viernes 13 de diciembre del año 2002, constituyéndose en el lugar del suceso, personal de Sección de Investigación Delictual a cargo del Cabo 1° José Palma Cancino.

e.- Acta de declaración del afectado fechada el día 13 de diciembre de 2002, en Villa Alegre, siendo las 00:25 horas, ante el Suboficial de guardia, Héctor Villegas Montiel, previa instrucción de la Sra. Fiscal de Turno Grace Salazar Barra, procedió a tomar declaración voluntaria a don Sergio Enrique Morales Bustamante, quien señaló que, el día de hoy alrededor de las 23:30 horas, en circunstancias que se encontraba en el interior de la cocina del local, de propiedad de su padre Sergio Morales Lara, se percató que había ingresado una persona, de unos 20 años aproximadamente, moreno, pelo negro corto, que vestía de pantalón buzo negro, detrás del mostrador con el cajón de la caja abierta y con sus manos en el interior de esta, al proceder a consultarle que hacía en ese lugar trató de huir, deteniéndolo a la salida del local, llevó su mano derecha a la altura de su cintura, extrayendo, al parecer un cuchillo, el que lanzó lejos del lugar. Intentó de agredirme, y una vez controlado mi padre llamó a Carabineros, pero estos estaban en un procedimiento especial, por lo que lo trasladamos a la Sub-Comisaría llevándolo en un taxi. Esta persona no alcanzó a sacar nada, ya que lo sorprendimos en el momento preciso. Agrega además que una ves entregado a Carabineros éste individuo procedió a amenazarlo, manifestando que

lo tenía identificado y que se la cobraría, en presencia del personal policial.

QUINTO: Que, el ministerio público argumentó que el acusado atentó contra dos derechos de la víctima, y de todo ciudadano regido por un estado de derecho, como son, el derecho a la propiedad, el derecho a la integridad física y psíquica de las personas, que éste tuvo la intención de sustraer especies muebles ajenas, que pertenecían a la víctima, y que consistían en ochenta mil pesos en dinero efectivo, dinero que se encontraba en su propiedad, la cual fue repelida por su hijo y que, además, ante Carabineros de Villa Alegre, el acusado amenazó a las dos víctimas, señalándoles que el vivía cerca y que se las iba a cobrar, pidiendo las víctimas protección ante el peligro inminente para sus vidas. Hizo que el acusado, tiene antecedentes por el delito del robo, y no por el delito hurto, como se le acusa en esta oportunidad, que prueba de la seriedad de las amenazas son no sólo las declaraciones de las víctimas, sino las del Carabinero que conoce al acusado, que tiene una condena por el delito de robo, causa que fue certificada a petición del Ministerio Público por el Tribunal del Letras, que lo condenó a 541 día de presidio menor.

SEXTO: Que, la Defensa del acusado expresó que, pese al reconocimiento de los hechos y de los antecedentes de la investigación por parte del acusado, no se establece la existencia del delito de hurto y amenazas, por lo que solicita la absolución del acusado, atendido lo establecido en el artículo 412 del Código Procesal Penal, en base a la incoherencia de las fechas entre la acusación y formalización, en subsidio de lo anterior, señala que, no se encuentra acreditada la seriedad de las supuestas amenazas y que, en la eventualidad de ser condenado el acusado, éste tendría derecho al beneficio de la remisión condicional de la pena, o bien, a medida de reclusión nocturna, y el mínimo de la pena asignada al delito.

SEPTIMO: Que otorgado el derecho a réplica la Fiscal afirmó que sólo existía, un error de trascripción en la acusación, referente al día de los hechos, que no alcanza a ser un error formal, pero que el imputado aceptó los hechos y los antecedentes, y que los hechos fueron de esa forma y a esa fecha, que ese error no interviene en el Principio de Congruencia, porque todos los hechos formalizados hablan del trece de diciembre.

OCTAVO: Que la Defensa rebatió lo expresado por la Fiscal, manifestando que el Ministerio Público, hasta momentos antes de la audiencia pudo haber hecho la rectificación que correspondía, en cuanto a la fecha, y no lo hizo, por lo que no se puede tener como un error de transcripción, porque la acusación claramente alude a un hecho distinto, ocurrido el 23 de diciembre y no 13 de diciembre de 2002, error que no se rectificó, por lo tanto, el hecho acusado por el Ministerio Público, es un hecho distinto, al hecho de que dan cuenta los antecedentes de la investigación, porque ellos se refieren a diez días antes, ateniéndose a esa situación añade que debe haber congruencia con lo que Ministerio Público dice, y los antecedentes de la investigación, que rectificó la pena, pero no rectificó la fecha de los hechos, y que la acusación habla de un hecho acaecido el día 23 de diciembre, que es un hecho distinto.

***NOVENO*:** Que, en cuanto, a la petición de absolución de la defensa, se debe tener presente, que es requisito o presupuesto procesal de aplicación del procedimiento abreviado, la aceptación de los hechos materia de la acusación y los antecedentes que la fundan por parte del imputado; decisión libre y voluntaria de éste, que sin embargo, no vincula al tribunal al momento de dictar fallo, en virtud del artículo 412 del Código Procesal Penal, el cual imperativamente impide la dictación de una sentencia condenatorio en base exclusivamente a la aceptación de los hechos por parte de éste, por lo que en éste procedimiento a diferencia del establecido para el juicio simplificado, el acusado no admite responsabilidad en los hechos, por lo que el procedimiento abreviado no excluye la posibilidad de la absolución del acusado, manteniéndose las facultades jurisdiccionales del Juez de Garantía, quien debe indagar a través del estudio de los antecedentes de la investigación fiscal, si ellos permiten establecer la existencia del hecho punible, y eventualmente la participación del acusado en ellos, evitando que la condena se produzca en base a su sola aceptación o confesión, acorde con lo establecido, además, en el artículo 340 del Código Procesal Penal, el cual señala “que no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.”

DECIMO: Que, de acuerdo a lo anterior, se debe precisar si los hechos materia de la acusación del ministerio público, resultan probados con los antecedentes de la investigación fiscal, es decir, si

ellos logran tener por establecido por el tribunal de conformidad a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, que el día 23 de diciembre de 2002, en la comuna de Villa Alegre, se perpetraron los delitos de hurto y amenazas condicionales materia de la acusación y ,en los cuales habría correspondido a Félix Medel Larenas, participación en calidad de autor.

***DECIMO PRIMERO*:** Que conforme a lo anterior, realizado un análisis de los antecedentes referidos por la Fiscal en el motivo cuarto de esta sentencia, se desprende, que todos ellos dicen relación a hechos ocurridos el día 13 de diciembre de 2002, fecha en la cual se habría perpetrado en la comuna de Villa Alegre, un hecho de similares características, en cuanto, a lugar, circunstancias y forma de comisión, a los que son materia de la acusación, y en los cuales, el acusado tendría participación en calidad de autor, con la diferencia que ellos ocurrieron el día 13 de diciembre de 2002 y no el 23 del mismo mes y año.

DECIMO SEGUNDO: Que, en consecuencia, los antecedentes de la investigación reseñados por el ministerio público, no permiten al tribunal tener por acreditado que el día 23 de diciembre de 2002, en la comuna de Villa Alegre, se haya producido el hecho punible materia de la acusación, atendido lo razonado en el motivo precedente, razón por la que el tribunal, acogerá la petición de absolución formulada por la defensa, por cuanto, recayendo la carga de la prueba sobre la fiscalía, ésta no estableció que el día 23 de diciembre de 2002, en la comuna de Villa Alegre, se hubieren verificado los hechos que fundaron la acusación fiscal.

DECIMO TERCERO: Que, a mayor abundamiento, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal, se debe tener presente, que la sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la acusación, no siendo lícito para el tribunal condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella; congruencia fáctica, que se extiende a la acusación y formalización de la investigación, que de no producirse origina la necesidad del ente investigador fiscal, de subsanar la acusación en los términos del artículo 270 del Código Procesal Penal, lo que no aconteció en la especie, ya que el ministerio público no solicitó rectificación en la audiencia de preparación de juicio oral.

***DECIMO CUARTO*:** Que, el ministerio público señaló que el hecho de haber indicado en el escrito de acusación una fecha diferente a la efectiva perpetración de los ilícitos investigados, no revestía mayor importancia, por cuanto, pese a ello los hechos eran los mismos; sin embargo, el día y hora de comisión de un delito, entre otras circunstancias que rodean el hecho, como lugar y forma de comisión, constituyen y fijan la cuestión o asunto que será materia de la investigación y formalización, y en especial, determina la aplicación temporal de la ley sustantiva y adjetiva en la materia, y que de no especificarse, vulnera el derecho del acusado a ser oído y defenderse respecto de todos los hechos y circunstancias que se le imputan.

DECIMO QUINTO: Que, de un punto de vista doctrinario, se debe precisar, en primer lugar, que núcleo fundamental del concepto del delito y elemento del mismo es la acción, comprendida como un comportamiento humano voluntario que se produce y exterioriza en el tiempo y en el espacio (salvo delitos de omisión); y en segundo lugar, que lo acontecido en ese instante o momento, será a lo que se limitará el juicio de valor o reproche penal, tendiente a determinar lo justo o injusto del actuar del imputado.

***DÉCIMO SEXTO*:** Que, consecuente con lo razonado, el tribunal no emitirá pronunciamiento sobre las peticiones subsidiarias de la defensa del acusado, por ser ellas incompatibles con lo resuelto precedentemente.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 15 Nro. 1, 12 Nro. 14, 30, 67, 68, 69, 446 Nro. 3, 7 inciso 2, 296 Nro. 2 del Código Penal, 295, 296, 297, 406, 407, 408, 412, 413 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

I.- Que se **ABSUELVE** a **FELIX MEDEL LARENAS**, ya individualizado, de la acusación de ser autor de los delitos de hurto en carácter de frustrado, del artículo 446 Nº3, en relación al artículo 7 inciso 2 ambos del Código Penal, y amenazas condicionales del artículo 296 Nº 2 del Código Penal, perpetradas el 23 de diciembre de 2002, en la comuna de Villa Alegre.

II.- Que se condena en costas al ministerio público

III.- Que se dejan sin efecto las medidas cautelares decretadas en contra del acusado.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad los antecedentes si no se apelare.

RIT 1342-2002
RUC 0200148353-9

Pronunciada por doña **SOLEDAD ORELLANA PINO**, Juez Titular del Juzgado de Garantía de San Javier.

Talca, diecisiete de junio dos mil tres.

VISTO:

De la sentencia de alzada se producen sus razonamientos primero a décimo, inclusive, en tanto que de sus citas legales se mantiene la referencia a los artículos 1, 15 N° 1, 30, 67, 446 N° 3 del Código Penal.-

Y SE TIENE ADEMÁS PRESENTE:

1° Que aún cuando, según se desprende de la grabación concerniente a la audiencia celebrada el 22 de mayo de 2003, la fiscal adjunto de San Javier, doña Grace Salazar Barra, al formular la acusación de rigor, señaló que los hechos materia de la misma acaecieron el 23 de diciembre de 2002, en lugar del 13 del mismo mes – como en realidad ocurrió -, resulta manifiesto que tal yerro constituye un mero lapsus, tanto porque la audiencia de control de detención que dio origen a la formación de este proceso se llevó a cabo el mencionado día 13, cuanto porque los antecedentes allegados por dicha fiscal y que se pormenorizan en las letras b), c), d) y e) del razonamiento cuarto del fallo en alzada, discurren acerca de hechos acaecidos en el citado día 13 amén de que al 23 del mencionado mes y año el encausado se encontraba privado de libertad, justa y precisamente, en razón de la medida cautelar que en su contra fue decretada en esta causa.-

2° Que en concepto de esta Corte la congruencia que, la tenor de lo dispuesto por el artículo 341 del Código Procesal Penal, ha de existir entre la acusación y el fallo que en ella recae o, lo que es lo mismo, entre el hecho se imputa y el que se castiga, no puede entenderse vulnerada por la sola circunstancia de que en dicha formulación de cargos se incurra en un error cuyo carácter de tal aparece de manifiesto.-

3° Que, por consiguiente, se tendrá por acreditado que el 13 de diciembre de 2002, el imputado Felix Alfredo Medel Larenas, ingresó al establecimiento de expendio de alcoholes situado en calle Abate Molina N° 730 de la comuna de Villa Alegre, perteneciente a don Sergio Enrique Morales Lara, siendo sorprendido por el hijo de éste en momentos en que se encontraba con su cuerpo sobre el mostrador y su mano dentro de la caja registradora que en esos momentos guarda la suma de $80.000.-

4° Que, asimismo, se tendrá por acreditado que el 13 de diciembre de 2002, el mismo imputado, luego de haber sido detenido por civiles, en momentos que era entregado a funcionarios de carabineros y en presencia de éstos, amenazó a don Sergio Enrique Morales Lara con atentar contra su vida y que se vengaría ("se la cobraría").-

5° Que el hecho descrito en el motivo 3° configura el delito de hurto en grado de tentativa que previene el artículo 432 del Código de Procedimiento Penal y sancionado en el artículo 446 N° 3 del Código Penal, toda vez que sin que mediar fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas, hubo un principio de ejecución por hechos directos de una acción de apoderamiento de bienes muebles ajenos, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, siendo el valor de aquéllos superior a una e inferior a cuatro unidades tributarias mensuales, no consumándose el ilícito por faltar uno o más hechos para completarse.-

6° Que, por su parte, el hecho que en razonamiento 4° precedente se ha descrito, configura el delito de amenazas previsto y sancionado en el artículo 296 N° 3 del Código Punitivo pues apareciendo verosímil su consumación y sin que mediare condición, amenazó seriamente a una persona con causarle un mal que constituye delito.-

7° Que por el grado del desarrollo de delito de hurto, corresponde, por disposición del artículo 52 del Código Penal, aplicar la pena corporal que le es asignada rebajada en dos grados y, siendo la pena asignada al delito de hurto de que se trata la de presidio menor en su grado mínimo, y no favoreciendo al imputado circunstancia atenuante alguna ni perjudicándole agravantes, se le impondrá la pena de prisión en su grado medio, quedando facultada la Corte, al momento de aplicarla, para recorrerla en toda su extensión según establece el artículo 67 del Código ya citado.- En cuanto a la multa habrá de estarse a lo resolutivo de esta sentencia.-

8° Que en lo que concierne al delito de amenazas que se tiene por configurado en la consideración 6° que antecede, por tener asignado como sanción un grado de una pena divisible, este tribunal por aplicación del ya referido artículo 67, podrá recorrerla en toda su extensión, por no concurrir,

como ya se ha dejado asentado, circunstancias modificatorias de responsabilidad que analizar respecto del imputado. -

9° Qué no se ejercerá la facultad prevista en el artículo 298 del Código Penal tantas veces aludido, por no existir antecedentes que fundamenten la imposición de la caución o la medida de sujeción de vigilancia a la autoridad que allí se establecen.

Con lo relacionado, y lo dispuesto en los artículos 352, 358, 360, 414 y 415 del Código Procesal Penal y 25 del Código Penal, **SE REVOCA** la sentencia apelada de veintisiete de mayo de dos mil tres, escrita de fs. 19 a 22 vta. de este cuaderno judicial, y en su lugar se declara que el acusado Félix Medel Larenas queda condenado a las siguientes penas:

I.-TREINTA DÍAS de prisión en su grado medio, en calidad de autor de delito de hurto en grado de tentativa de $ 80.000 (ochenta mil pesos) de dominio de don Sergio Enrique Morales Lara, hecho cometido el día 13 de diciembre de 2002 en la comuna de San Javier.-

II.- A una multa de 4 unidades tributarias mensuales, como autor del mismo delito de hurto.-

III.- TRESCIENTOS DÍAS de presidio menor en su grado mínimo, como autor del delito de amenazas no condicionadas proferidas en contra de don Sergio Enrique Morales Lara, cometido el día 13 de diciembre de 2002 en la comuna de San Javier.-

IV.- A las penas accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de las respectivas condenas, por cada uno de los delitos por los cuales ha sido sancionado.-

Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa impuesta sufrirá por vía de sustitución y apremio la pena de reclusión, regulándose un día por cada un quinto de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses.

Por reunir los requisitos contemplados por el artículo 7° de la Ley N° 18.216, se concede el beneficio de la reclusión nocturna por un lapso de 330 días, consistente en el encierro en el establecimiento carcelario correspondiente desde las 22.00 horas de cada día hasta las 06.00 horas del día siguiente, sirviéndole como abono el período que permaneció privado de libertad con motivo de este procedimiento entre el 13 de diciembre de 2002 y el 14 de febrero de 2003, según consta en fojas 3 y 15 de este cuaderno.-

Redacción del Abogado Integrante señor Sergio Barrientos Bravo.-

Regístrese e insértese en el acta respectiva.-

Devuélvase.

Rol Reforma Procesal penal N° 838.-

Pronunciada por el Presidente de la Segunda Sala Ministro señor Rodrigo Biel Melgarejo; Ministra señora Juana Venegas Ilabaca y abogado Integrante señor Sergio Barrientos Bravo.

CORTE SUPREMA

- **Rechaza recurso de nulidad interpuesto por la Defensa por una supuesta vulneración de los Derechos del Niño, declarando que la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica no es nula.**

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

La Fiscalía acusó al imputado como autor de los delitos de robo con intimidación y de violación. La Defensa sostuvo que el robo con intimidación debía considerarse tentado, en tanto que respecto de la violación correspondía aplicar el artículo 72 del Código Penal, así como la Convención de los Derechos del Niño y las reglas de Beijing. El Tribunal estimó acreditado que hubo un propósito inicial de asaltar, y que con ocasión del robo se violó, por lo que condenó por el delito de robo con violación. Argumentó que en los delitos sexuales asociados al robo no se requiere una conexión ideológica, sino que basta la coetaniedad. La Defensa presentó un recurso de nulidad contra la sentencia, fundándolo en el artículo 373 letra a) en relación con el artículo 37 letra b) de la Convención de los Derechos del Niño y en las Reglas de Beijing Punto 17 número 1 letra a), así como en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación con las mismas normas antes referidas. En subsidio, reclamó la infracción de esta causal en relación con el artículo 433 del Código Penal. La Corte rechazó el recurso. Respecto a la alegación de haberse impuesto una pena superior a la que correspondía de acuerdo a las normas internacionales señaladas, aclaró que éstas tenían un carácter programático, declarando sólo una tendencia que cada Estado Parte debe considerar en su legislación interna. Al respecto aclaró que el menor período posible establecido en dichas normas dice relación con la prisión preventiva o detención durante la investigación. La Corte Suprema consideró que el Tribunal Oral en lo Penal hizo una correcta determinación de la pena en consideración con el delito que se estimó acreditado, habida consideración de lo establecido en los artículos 72 y 69 del Código Penal. Finalmente, respecto de la última alegación de la Defensa, la Corte expuso que careció de fundamento fáctico al haber ido contra los hechos establecidos en la causa.

Textos completos:

Villarrica, treinta de junio del año dos mil tres.

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, con fecha veintinueve de junio del año dos mil tres, ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Villarrica, constituido por el Juez Presidente de Sala don Erasmo Sepúlveda Vidal y los Jueces don Oscar Viñuela Aller y doña Viviana Ibarra Mendoza, se llevó a efecto la Audiencia de Juicio Oral relativa a los Autos Rol Interno Número 013/2003, seguidos contra **MAURICIO EUGENIO MONSALVES CERDA,** natural de Villarrica, chileno, soltero, 17 años de edad, nacido el 22 de septiembre de 1985, Cédula Nacional de Identidad N° 16.205.282-9, artesano, domiciliado en Población Vista Hermosa, calle Ignacio Carrera Nº 860 de Villarrica.

Fue parte acusadora el Ministerio Público, con domicilio en calle Pedro de Valdivia 09 de esta ciudad, representado por el Fiscal adjunto don Francisco Ljubetic Romero y el querellante adherente don Jaime Saldivia Palacios en representación del SENAME IX región, con domicilio para estos efectos en la comuna de Villarrica

La Defensa del acusado, estuvo a cargo del abogado Defensor Penal Público don Carlos Mora Jano, acompañado por doña Lucy Catalán

Mardones, como asistente de la Defensa, ambos con domicilio en Camilo Henríquez N° 301, Oficina N° 402, de la ciudad de Villarrica.

SEGUNDO: Que, los hechos y circunstancias que han sido objeto de la acusación del Ministerio Público, en síntesis son los siguientes:

El día 10 de diciembre de 2002, a las 17:00 horas aproximadamente, en el sector de Playa Blanca del lago Villarrica, el acusado junto a otro menor de edad se aproximaron a tres estudiantes de iniciales P. S. U., V. R. A., y J. B. R., a quienes intimidaron con un cuchillo exigiéndoles la entrega del dinero y especies que portaban, revisándoles para ellos sus bolsos.

Posteriormente el acusado obliga a las menores V. R. A. y J. B. R., a quitarse sus trajes de baño e introducirse en el lago, mientras se traslada bajo amenaza con P. S. U. a un sector aledaño, donde la accede carnalmente vía vaginal.

A juicio de la Fiscalía se han tipificado los delitos de robo con intimidación en perjuicio de P. S. U, V. R. A y J. B. R y de violación en perjuicio de P. S. U., previstos y sancionados en los artículos 436 y 361, ambos del Código Penal. Solicita se le aplique al imputado, en calidad de autor, las penas de 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo y de tres años de presidio menor en su grado medio, más accesorias, comiso de armas y costas, debiendo tener en consideración la rebaja del artículo 72 del estatuto punitivo, toda vez que el imputado es menor de edad, sin que concurran otras circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

Que, a dicha acusación se adhirió en todas sus partes el querellante Jaime Saldivia Palacios, sólo en relación al delito de violación.

TERCERO: Que, la **Defensa** señaló ante estrados, que es el Ministerio Público quien debe probar cada uno de los elementos del tipo penal. En el caso del robo con intimidación éste no logró consumarse por lo que a lo más podría tratarse de un delito en grado de tentado, no debiendo aplicarse el artículo 450 del Código Penal, por ser contrario a la Constitución Política del Estado y a los Tratados Internacionales suscritos por Chile. En cuanto al delito de violación debe tenerse en cuenta que ha de aplicarse el artículo 72 del estatuto punitivo inciso primero, por lo cual la pena deberá ser rebajada en un grado y aplicarla en el mínimo de éste. A lo que debe sumarse lo dispuesto en la Convención de Derechos del Niño y reglas de Beijing.

CUARTO: Que, en relación al **tipo penal,** de **robo y** de **violación** fueron incorporados durante la audiencia los siguientes elementos de prueba que se pasan a valorar:

Declaración de la menor de 17 años de edad iniciales **P. S. U**., quien expuso que el día de 10 de diciembre del año recién pasado, concurrió junto con dos amigas a Playa Blanca, sector lago Villarrica de esta comuna, donde procedieron a ubicarse al final de ésta, tendiéndose y tomando sol en traje baño, cuando repentinamente aparecieron dos individuos, uno grande y otro chico de corta edad, quienes se pararon delante de ellas, el más alto extrajo de su cintura un cuchillo hechizo de 35 centímetros de longitud con mango de goma diciéndoles que esto era un asalto y ordenando al más bajo que les revisara los bolsos, cosa que éste hizo, pero no encontró nada de valor por lo que él mismo volvió a revisarlos llevándose sólo un encendedor, amenazándolas todo el tiempo el sujeto más espigado con el cuchillo señalado. Luego de esto se retiraron unos metros, pero seguían observándolas, para volver y ordenarles el más corpulento que se sacaran los trajes de baño y entraran al agua, esto para que no los fuesen a denunciar y tener tiempo para escapar, primero lo hicieron sus dos amigas y cuando ella iba a hacer lo mismo, este tipo le dijo que se sacara su traje de baño, se pusiera una toalla y se quedara sentada en la arena con él. Posteriormente la obligó a caminar hacia el fondo de la playa donde hay árboles, allí la botó al suelo y la violó, ella no pudo hacer nada tenía mucho miedo y además él le sujetaba ambas manos contra el pecho, habiendo dejado el cuchillo en la arena donde podía alcanzarlo con facilidad en cualquier momento. Después de eso le dijo que se parara, que se colocara la toalla y se fuera. Relata que no vio cuando el huyó, sólo fue donde sus amigas, las que la auxiliaron y la vistieron porque ni eso podía hacer, ellas pidieron ayuda y consiguieron un taxi, fue al hospital y habló con Carabineros. A lo que se suma el reconocimiento que hizo la testigo de un set de fotografías del sitio del suceso donde se muestra parte de la playa y el lugar donde habría ocurrido la agresión sexual, además del arma usada, la cual le fue exhibida por la Fiscalía.

Lo que concuerda con lo declarado por la testigo con medidas de protección, iniciales **J. B. R**., quien

expuso, que ese día concurrió con dos amigas iniciales P. S. U y V. R. A. a Playa Blanca, cuando aparecieron dos tipos, quienes se acercaron y les dijeron que era un asalto. El más chico les revisó las mochilas mientras el más grande las apuntaba con un arma, no encontraron nada y se llevaron sólo un encendedor de Valeria, se retiraron unos metros y regresaron señalando que habían cambiado de planes, pues se podían ir en la "volá" y hablar, así que el más alto les ordenó que se sacaran los trajes baño y se metieran al agua, pero a Paloma la dejó junto a él en la playa. En un momento se fue con ésta hacia el fondo, no pudiendo ellas hacer nada porque había dejado al "cabro chico" cuidándolas todo el tiempo. Al rato P. S. U. volvió, cubierta sólo por la toalla, venía muy alterada, llorando dijo que la había violado, la ayudaron a vestirse, con la otra amiga pidieron ayuda a unas compañeras que estaban cerca y un taxi. Dicha testigo describió el arma como de 28 a 35 centímetros, con la parte de atrás envuelta en cámara de bicicleta, punta en forma triangular y filo por los dos lados. Se une a lo anterior lo declarado por la menor iniciales **V. R. A.**, quien concurrió ese día con las dos testigos antes señaladas a Playa Blanca, estando allí aparecieron dos tipos, y escuchó que alguien decía que era un asalto, entonces vio a un tipo con un cuchillo, quien les dijo que le entregaran todas las cosas, ordenándole al chico que lo acompañaba que revisara los bolsos, mientras él cuchillo en mano las intimidaba. No encontró nada, sólo se llevó un encendedor de su propiedad y se retiraron diciendo, el más grande, que "no les había ido bien con ellas". Él no se fue, se quedó parado en la pasada de la playa, ellas no se pudieron parar de puro miedo, entonces los sujetos volvieron y el espigado dijo que habían cambiado de planes, ordenándoles que se sacaran la ropa y se metieran al agua, ella miró hacia atrás y vio que se llevaba a Paloma, le gritó que la soltará, respondiéndole éste que mataría a su amiga y después a ella, al rato su amiga volvió, estaba muy mal, pidieron ayuda a unas compañeras de colegio y un taxi para poder salir del lugar. Agrega que el arma era un cuchillo, con la cacha envuelta en goma, con la punta triangular, filo a los dos lados, lo llevaba el más corpulento y lo sacó de entre sus ropas. Asimismo esto se une a lo declarado por la menor iniciales **E. M. S. D**., quien fue a la playa el día de los hechos y vio a dos individuos salir, luego llegaron unas compañeras de colegio diciendo que dos tipos las habían asaltado y habían violado a una de ellas, estaban muy asustadas y temblaban. La persona que la llamó fue Valeria y la afectada era P. S. U.

Igualmente se agrega el testimonio del menor iniciales **P. R. A. F**., quien participó junto al acusado corroborando el desarrollo de los hechos antes descritos. A todo lo antes expuesto se une lo declarado por **Pablo Hernán Cisterna Latorre**, funcionario de Carabineros, quien recibió el llamado radial y concurrió al domicilio de la menor tomándoles declaración, la que concuerda con lo ya señalado por éstas, así como la descripción física del hechor. Lo que es respaldado plenamente con las **convenciones probatorias** a las que arribaron las partes, en orden a que la menor fue desflorada, presentando lesiones compatibles con penetración total y eyaculación intravaginal en fecha reciente a la realización de los exámenes.

QUINTO: Que, en relación a la **participación** fueron incorporados durante la audiencia los siguientes elementos de prueba que se pasan a valorar:

Declaraciones de las testigos iniciales **P. S. U., J. B. M y V. R. A**., las que son contestes en señalar que de los dos individuos, el grande era el que tenía el cuchillo que sacó de entre sus ropas para intimidarlas y que las tres describieron de la misma forma, mientras el menor revisaba los bolsos. También coincidieron en su descripción física: 1,70 metros de estatura, tez morena, pelo negro, ojos café y, en su vestimenta: pantalón oscuro, camisa negra ancha con dibujos de animaciones japonesas, gafas plateadas, un polar que le tapaba la boca, una pulsera tipo punki y cortes en el interior de los antebrazos. Las especies además fueron incautadas por el testigo **Marco Antonio Antillanca Barrientos** , quien se las retiró al autor desde su domicilio y además ubicó a la persona a la cual el imputado le habría entregado el arma, un tal "Kike", concurriendo donde éste, para proceder a su incautación, reconociendo durante la audiencia las especies y el arma .Lo que es ratificado por la menor iniciales **E. M. S. D**., quien vio salir ese día a dos individuos desde la playa, uno era más bajo y el otro llevaba la cara cubierta con algo negro, lo que se concatena con lo declarado por el menor iniciales **M. F. R. A**, quien días anteriores habría sido asaltado por el acusado quien le robó unos pantalones negros marca Adidas, que coinciden con los incorporados en la audiencia y que según

las descripciones de las víctimas llevaba el acusado el día de los hechos. A su vez se agrega el testimonio del menor iniciales **P. R. A. F**., quien participó junto al acusado en los hechos antes descritos, y expuso que ellos fueron a asaltar a esas tres niñas y que el acusado llevaba un cuchillo con el cual las intimidó, les dijo que era un asalto y les pidió plata, el sólo revisó las mochilas sin encontrar nada, se quedaron como a unos dos metros y volvieron, entonces les dijeron que se metieran al agua para poder arrancar, luego el "Huilo" desapareció con una menor unos ocho metros para atrás y después le contó lo de la violación. A lo que se añade el testimonio de **Víctor Jesús Cerna Huenupi**, quien recibió el cuchillo de manos del "Huilo", ya que el necesitaba algo para defenderse pues lo habían amenazado. Por último se agrega lo manifestado por el Carabinero **Francisco Uribe Guzmán**, quien por las características ubicó al autor y, aduciendo un control de medida cautelar, fue hasta su domicilio desde donde éste salió y fue reconocido por dos de las menores afectadas a una distancia de siete metros. Lo que se ratifica con los retratos efectuados por las tres víctimas, incorporados a través del perito Dibujante Planimetrista **Eduardo Ariel Herrera Soto**, los que en sus características principales coinciden entre sí.

Finalmente esto se ratifica por el **reconocimiento inmediato** del acusado en la sala de audiencia de las tres víctimas a lo que se agregan las **convenciones probatorias** a las que arribaron las partes en orden a que de acuerdo a los peritajes médicos efectuados de espermios encontrados en la víctima y muestra de sangre del imputado, existiría un perfil genético casi idéntico.

SEXTO: Que, estos testimonios fueron prestados de manera coherente y circunstanciada por los propios actores que se vieron relacionados de una u otra forma en el hecho que nos ocupa, sin existencia de contradicciones entre ellos y acordes a como se habrían desarrollado los mismos.

Que, en relación a las víctimas, todas muy jóvenes, se notó durante sus relatos la afectación emocional que los hechos les han causado, teniendo en especial consideración a la menor iniciales P. S. U., víctima de la agresión sexual, quien hasta la fecha mantiene tratamiento psicológico y psiquiátrico, debiendo complementarlo con dosis farmacológicas. Sumado a la declaración de **María del Pilar Urzúa Muñoz**, madre de la menor, quien expuso que su hija no tenía experiencia sexual hasta ese momento y que esta situación ha sido devastadora para ella y su familia, que a la menor le ha costado mucho retomar su vida y que es algo que aún no ha superado, pero confía en que lo hará. Lo antes expuesto es ratificado el perito **Christian Anker Ullrich**, quien la examinó llamándole profundamente la atención el duelo que ella ha vivido y lo difícil que ha sido esto, presentando ansiedad y rabia al reexperimentar la situación, tratando de evitar recordarla, indica que es una herida que aún no ha podido sanar, su relato es congruente, y consistente, impresiona como real y creíble, él infiere que los efectos post-traumáticos del evento permanecen debido a la violencia de los hechos y a que le fue arrebatado algo propio, su virginidad.

SÉPTIMO: Por todo lo anterior, se han dado por acreditados los siguientes hechos:

Que, el día 10 de diciembre del año 2002, alrededor de las 17:00 horas, en el sector de Playa Blanca del lago Villarrica, de esta comuna, el acusado **MAURICIO EUGENIO MONSALVES CERDA,** en compañía del menor René Antipichún Furkert, intimidaron con un cuchillo a tres estudiantes de 17 años, quienes se encontraban en traje de baño sentadas en la arena, exigiéndoles la entrega de dinero y especies que portaban y, después de revisar sus mochilas sólo lograron sustraer un encendedor de propiedad de V. R. A. Acto seguido el primero obligó a las menores V. R. A. y J. B. R a quitarse sus trajes de baño y entrar al lago, lo mismo hizo con la menor P. S. U., quien se cubrió sólo con una toalla, a quien trasladó a un sector aledaño, donde procedió a intimidarla con un arma blanca, logrando accederla carnalmente, vía vaginal, mediante penetración y eyaculación total en su interior, huyendo posteriormente del lugar.

OCTAVO: Que lo expuesto y analizado latamente en los considerandos cuarto a sexto, nos lleva a concluir, más allá de toda duda razonable, que existiendo por parte del encausado un propósito inicial de asaltar a las tres menores, situación que sólo consumó en el caso de la menor iniciales V. R. A., quedando el delito en grado de tentado respecto de P. S. U y J. B. R., éste ejecutó el delito y con ocasión del mismo procedió a violar a la menor P. S. U., debiendo recordarse que las testigos presenciales señalaron que el acusado, se apartó una distancia muy estrecha -dos metros más o menos- desde donde siguió observándolas y volvió.

Que ellas no pudieron hacer nada debido justamente a su presencia y actitud intimidatorio, por lo que todo ocurrió en un mismo hecho en un orden lógico sin interrupciones, entendiéndose claramente que con ocasión del robo se cometió la violación, debiendo tenerse presente lo sostenido por la doctrina en relación a que en el caso de los delitos sexuales asociados al robo, no es necesario la conexión ideológica, sino la coetaneidad entre ambas ejecuciones en el ámbito temporal, la unidad de la figura delictual no hace desaparecer de un modo absoluto la individualidad de los delitos que lo configuran, ambas son finalidades delictivas queridas y logradas por el autor.

NOVENO: Que, los elementos de juicio analizados precedentemente, configuran el delito de robo de especie en grado de consumado de un encendedor de propiedad de la menor iniciales V. R. A., y de tentativa en perjuicio de las menores P. S. U. y J. B. R., sancionado en carácter de consumado conforme a lo señalado por el artículo 450 del Código Penal, plenamente vigente, ejecutados con intimidación en sus personas y con ocasión del cual se cometió, además, el delito de violación de la menor iniciales P. S. U., perpetrados en esta comuna alrededor de las 17:00 horas del día 10 de diciembre de 2002, previsto y sancionado por el artículo 433 Nº 1 del Código precitado; correspondiéndole al imputado una participación en calidad de autor por su actuar directo e inmediato en los hechos.

Lo anterior, puesto que existió apropiación de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, sin voluntad de su dueña y, se accedió carnalmente, por vía vaginal a una mujer mayor de 12 años, usando en ambos casos de intimidación de su persona

DÉCIMO: Que, habiendo llamado el tribunal a recalificar el delito a robo con violación el Ministerio Público señaló que a él le correspondía poner el estándar mínimo para enjuiciar, por lo que si el tribunal decide hacerlo no tiene inconveniente en ello. La Defensa por su parte sostuvo que no se cumplen ninguna de las causales, pues los autores se retiran y vuelven con otra intención, pero si llegase a recalificarse, solicita desde ya, se le aplique el grado menor a la pena impuesta y dentro de éste el mínimun.

UNDÉCIMO: Que, con respecto a lo alegado por la Defensa, se le ha dado respuesta en los considerandos que anteceden. En relación a la aplicación del artículo 72 del Código Penal la norma es clara en señalar " que se le impondrá la pena inferior en grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable", siendo el Tribunal soberano dentro de ese grado, para imponer la pena según las circunstancias y modificatorias presentadas.

Con respecto a la prueba rendida consistente en la declaración de los peritos psicóloga **Marcia Morales Chavarría**, y asistente social **Guillermo Loyola Jeldres**, ésta en nada aportó, ni desvirtuó a los hechos ya reseñados.

DUODÉCIMO: Que, constando la pena asignada al delito de dos o más grados de una divisible y efectuando la rebaja de pena correspondiente, ésta se radica en presidio mayor en su grado mínimo y, no existiendo otras circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que analizar, el Tribunal está facultado para recorrer toda su extensión, teniendo presente y en especial consideración la extensión del mal causado, representado por la afectación al derecho a la indemnidad sexual, valores e interés individual seriamente vulnerado con secuela de efectos graves post traumáticos que perduran por la violencia del evento vivido y porque se le despojó de algo propio como fue su virginidad y la minoría de edad de las ofendidas, ya que los tratados internacionales sobre derechos del niño, no sólo se aplican para los imputados si no también para las víctimas, menores de edad.

DÉCIMOTERCERO: Que, habiendo sido el acusado condenado anteriormente en Causa RUC: 0200065816-5 por el delito de robo con intimidación, en el cual se le concedió el beneficio de libertad vigilada, durante cuyo período de observación de tres años y un día cometió este delito, por lo cual se le revoca por el sólo ministerio de la ley el beneficio señalado, debiendo entrar a cumplir la pena inicialmente impuesta a continuación de la que se dictará en esta causa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 18.216.

Por las consideraciones anteriores y lo dispuesto en los Artículos 1°, 14 y 15 N° 1, 18, 21, 24, 26, 28, 50, 68, 69, 72, 76,432 y 433 Nº 1 del Código Penal; artículos 1°, 4°, 45, 275, 295, 297, 309, 314, 323, 340 al 344, 348 del Código Procesal Penal y 26 de la ley 18.216.

SE RESUELVE:

I Que, se condena a **MAURICIO EUGENIO MONSALVES CERDA,** ya individualizado, en calidad de autor del delito de **Robo con violación**, perpetrado mediante el robo de especie en grado de consumado de un encendedor de propiedad de la menor iniciales V. R. A., y de tentativa en perjuicio de las menores P. S. U. y J. B. R., sancionado en carácter de consumado, ejecutado con intimidación en sus personas y con ocasión del cual se cometió, además, el delito de violación en perjuicio de la menor iniciales P. S. U., perpetrado en esta comuna alrededor de las 17:00 horas del día 10 de diciembre de 2002, previsto y sancionado por el artículo 433 Nº 1 del Código Penal, a la pena de **DIEZ AÑOS DE PRESIDIO MAYOR EN SU GRADO MÍNIMO,** 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, con costas.

II Que, atendida la extensión de la pena impuesta no se le concede al sentenciado ninguno de los beneficios señalados en la ley 18.216.

III Que, se le revoca el beneficio concedido en la causa RUC 0200065816-5, debiendo entrar a cumplir la condena en la forma señalada en la sentencia respectiva, a continuación de ésta.

IV Que, la pena impuesta al sentenciado se le contará desde el día 12 de diciembre de 2002, fecha desde la cual permanece ininterrumpidamente privado de libertad, según consta en el punto sexto del Auto de Apertura.

V Se decreta el comiso de un cuchillo artesanal de 25 centímetros de hoja con empuñadura de goma, y punta triangular.

VI Hágase devolución a la Fiscalía y a la Defensa de los documentos incorporados a la audiencia.

En su oportunidad cúmplase por el Juzgado de Garantía de Villarrica con lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal en relación al artículo 113 del Código Orgánico de Tribunales.

Téngase por notificados a los intervinientes y al condenado en la presente audiencia.

Redactada por la Jueza señora Viviana Loreto Ibarra Mendoza.

Regístrese, y ARCHIVESE en su oportunidad.

No firma la presente sentencia el magistrado Oscar Luis Viñuela Aller, no obstante haber concurrido al acuerdo, por encontrarse cumpliendo funciones propias de su cargo en el Tribunal de Juicio Oral de Temuco.

ROL ÚNICO: 02000147324-K

ROL INTERNO 13/2003

Dictada por los Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, don ERASMO SEPÚLVEDA VIDAL (S), Presidente de la Sala, don OSCAR LUIS VIÑUELA ALLER (S) y doña VIVIANA LORETO IBARRA MENDOZA.

Con esta fecha se notificó por el estado diario la resolución precedente. Villarrica, 30 de junio de 2003.

Santiago, diez de Septiembre de dos mil tres.

Vistos:

En procedimiento del Tribunal del Juicio en lo Penal de Villarrica, Rol Único 0200147324-K, Rol Interno del Tribunal 13/203, el Fiscal Adjunto don Francisco Ljubetic Romero acusa a Mauricio Eugenio Monsalves Cerda por el delito de violación por vía vaginal y robo con intimidación cometido el 10 de Diciembre de 2002 en el sector Playa Blanca del Lago Villarrica. A la acusación en relación con el delito de violación se adhirió el SENAME IX Región por medio de su abogado don Jaime Saldivia Palacios. Por sentencia de fecha 30 de Junio de 2003 el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, integrado por los Magistrados Erasmo Sepúlveda Vidal, Oscar Luis Viñuela Aller y Viviana Loreto Ibarra Mendoza, condenó a Mauricio Eugenio Monsalves Cerda a la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias y costas de la causa, como autor del delito de robo con violación perpetrado mediante el robo en grado de consumado de especies de la menor de iniciales V.R.A. y de tentativa en perjuicio de las menores P.S.U. y J.B.R. y de violación en perjuicio de la menor de iniciales P.S.U. sancionado por el artículo 433 N 1 del Código Penal. Contra este fallo el Defensor Público don Carlos Mora Jano, en representación del acusado, dedujo recurso de nulidad fundado en el artículo 373 letra a) del

Código Procesal Penal en relación con el artículo 37 letra b) de la Convención de los Derechos del Niño y Resolución de las Naciones Unidas - Reglas Beijin-Punto 17 N 1 letra a) y en la 373 letra b) del Código Procesal Penal, en relación con las mismas normas antes referidas; y, subsidiariamente, reclama infracción de esta causal en relación con el artículo 433 del Código Penal . Concedido el recurso por el Tribunal a quo se elevaron copia del Auto de Apertura de Juicio Oral, de la sentencia definitiva y del recurso de nulidad. En esta Corte Suprema comparecieron el Ministerio Público en defensa del imputado; declarado admisible el recurso y, luego de vencido el término contemplado en el artículo 382 del antes citado código, se dispuso como fecha de la audiencia pública el día 21 de Agosto recién pasado, la que se verificó, escuchándose los argumentos del recurrente como los del Ministerio Público, con las réplicas del caso, lo que se dejó constancia en el registro. Terminada la vista de la causa quedó en acuerdo y se citó a las partes para la lectura del fallo para el 10 de Septiembre a las doce horas.

TENIENDO PRESENTE:

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

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

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

CUARTO: Que no es aventurado sostener que la norma en estudio tiene aplicación efectiva en el período de investigación, de detención o prisión preventiva, período en que se puede velar porque se desarrolle "durante el período más breve". El artículo 40 letra b) de la Convención Sobre Los Derechos del Niño establece el que debe garantizarse a todo niño "del que se alegue que ha infringido las leyes penales" la presunción de inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley, el ser informado sin demora de los cargos que pesan contra él, el disponer la

asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa, el que la causa sea dirimida sin demora, medidas estas que dicen directa relación con el período de prisión preventiva.

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

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

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

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

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

violar a la ofendida P.S.U. y "que todo ocurrió en un mismo hecho en un orden lógico sin interrupciones, entendiéndose claramente que con ocasión del robo se cometió la violación". Por las razones antes expuestas y lo que disponen los artículos 258, 360, 372 y 384 del Código Procesal Penal se rechaza el recurso de nulidad deducido por Carlos Mora Jano, Defensor Penal Público, en representación de Mauricio Eugenio Monsalves Cerda en contra de la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, de fecha treinta de Junio del año dos mil tres, la que no es nula.

Regístrese y devuélvase.
Redacción del Abogado Integrante Fernando Castro A.
Rol N 2837-03.

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

- **Rechaza recursos de nulidad interpuestos por las Defensas contra la sentencia definitiva condenatoria dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Punta Arenas.**

Tribunal: Corte Suprema.

Resumen:

La Fiscalía acusó a los imputados como autores del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, en grado de frustrado. La Defensa de uno de los acusados afirmó que los hechos investigados eran constitutivos del delito de violación de morada. La otra Defensa sostuvo que el artículo 450 del Código Penal era una ley penal en blanco, y por tanto inconstitucional, y que no procedía la aplicación de la agravante del artículo 456 bis número 3. El Tribunal desestimó las alegaciones de las Defensas y consideró configurado el delito por el cual se les acusó, así como concurrente la agravante alegada por el Ministerio Público. Las Defensas interpusieron recursos de nulidad fundadas en las causales de los artículos 373 letras a) y b) y 374 letra c), y en los artículos 373 letras a) y b) y 374 letra d) del Código Procesal Penal respectivamente. La Corte Suprema rechazó los recursos. Declaró que el artículo 450 del Código Penal no vulnera el principio de igualdad por cuanto prescribe que situaciones iguales se sancionan de la misma manera. Agregó que la pena está establecida por ley, la que decide castigar de una manera agravada las situaciones de iter criminis que describe. Aclaró que no se puede intentar por vía de un recurso de nulidad que se revisen las circunstancias fácticas, y las participaciones correspondientes, que el Tribunal Oral en lo Penal haya dado por establecidas. Respecto de la agravante del artículo 456 bis número 3, sentenció que el término malhechores se circunscribe al que mal hace o tiene un actuar delictivo, sin que se requiera que tengan anotaciones prontuariales previas. En cuanto al motivo absoluto de nulidad, el que se hizo consistir en la ausencia de testigos imparciales, fue desechado porque el tenor de las alegaciones no corresponden a la causal que se hizo valer. Además, precisó que el principio de congruencia supone una correspondencia entre la acusación y la sentencia respectiva, no con lo establecido en un procedimiento distinto.

Textos completos:

Punta Arenas, veinticinco de junio de dos mil tres

VISTOS, OÍDO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que con fecha veintitrés de junio de dos mil tres, ante la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, constituida por los Jueces Señores, José Octavio Flores Vásquez Presidente, Álvaro Mesa Latorre y Gonzalo Rojas Monje se llevó a efecto la audiencia de juicio oral relativa a la causa RUC Nº 0300009016-5, Rol Interno del Tribunal Nº 10-2003, seguida en contra de **JOSE ALEJANDRO RALIL MUÑOZ**, chileno, Cédula de Identidad Nº 15.581.918-9, 19 años de edad, soltero, trabajador de mecánica, domiciliado en calle Silvestre Alquinta Nº 0129, Población Pedro Aguirre Cerda ; y de **FELIPE IGNACIO ROA MUÑOZ**, chileno, Cédula de Identidad Nº 15.308.363-0, 20 años de edad, soltero, estudiante, domiciliado en calle Los Alerces Nº 2620, Población Fitz- Roy de esta ciudad.

Fue parte acusadora el Ministerio Público, representado por los Fiscales Adjuntos Jorge Moraga Torres y Juan Alejandro Rodríguez Muñoz, domiciliados en calle José Menéndez Nº 900, de esta ciudad.

La defensa de los acusados estuvo a cargo en primer término, por los abogados de la Defensoría Penal Pública, Gustava Aguilar Moraga y Luis Felipe Ocampo Moscoso, domiciliados en Avenida Colón Nº 1106 por parte de José Ralil Muñoz, y en segundo término por el abogado particular Juan José Arcos Srdanovic, domiciliado en calle Errázuriz Nº 882, por Felipe Ignacio Roa Muñoz. Ambos domicilios de Punta Arenas.

SEGUNDO: Acusación. Los hechos materia de la acusación, conforme al auto de apertura de juicio oral de fecha cinco de junio del año en curso, acaecieron el día 18 de enero de 2003, pues cerca de las cuatro de la madrugada, caminaban por calle Fagnano de nuestra ciudad los imputados junto a

su amigo Adrián Jofré Concha. Aquellos junto a esta otra persona resolvieron, al pasar frente al inmueble signado con el Nº 535 de dicha arteria, ingresar a dicha propiedad con el objeto de robar. José Ralil Muñoz y Felipe Roa Muñoz junto al otro sujeto procedieron a ingresar al antejardín de esta casa, saltando un muro de concreto de color blanco que existe en su límite exterior, una vez adentro de la propiedad se dirigieron hacia el patio posterior del mismo, lugar en el que encontraron una de las ventanas de la casa abierta, procediendo los tres sujetos a ingresar por esa vía. Una vez adentro de la casa José Ralil Muñoz y Felipe Roa Muñoz junto a Adrián Jofré ingresaron a una de las piezas y desde allí los acusados intentaron sustraer alguna especie que encontraron en su interior, además de un bolso negro que se encontraba en su interior que retiró Jofré desde allí mismo. Luego que Adrián Jofré se retiró hacia el sector del pasillo de la casa portando la mochila o bolso que había sacado de la pieza, los acusados se vieron sorprendidos por uno de los habitantes de la casa que justamente en esos momentos dormía en dicha habitación, por lo cual éstas personas junto a Jofré procedieron a arrancar por la ventana que existe en la cocina de dicho inmueble. Al huir se dirigieron hacia el sur poniente de la ciudad.

La Fiscalía Local de Punta Arenas calificó estos hechos como constitutivos del delito de Robo con fuerza en lugar habitado en grado de frustrado, descrito y sancionado en el artículo 440 Nº1 en relación con el artículo 7 inciso segundo, ambos del Código Penal, en perjuicio de Pablo Andrés Fonseca Prado y perpetrado por los acusados, en calidad de co-autores de conformidad a lo dispuesto por el artículo 15 Nº 1 del Código Penal. Expone el Ministerio Público en su acusación, que concurre respecto de ambos acusados la agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal, esto es ser dos o más los malhechores. Del mismo modo concurre a favor de los acusados la circunstancia atenuante de responsabilidad penal descrita en el artículo 11 Nº 6 del Código Penal esto es, la irreprochable conducta anterior y respecto de Felipe Ignacio Roa Muñoz la minorante de responsabilidad penal del artículo 11 Nº 7 del Código Penal, esto es el haber procurado reparar el mal causado. En su alegato de apertura el Ministerio Público mantuvo la misma posición en cuanto expresó que a los acusados se les debe sancionar como autores del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado en grado de frustrado. Y del mismo modo en su alegato de clausura concluyó que con la prueba rendida se acreditaron los presupuestos del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, haciendo presente al tribunal que, en todo caso, se debe tener presente el artículo 444 del Código Penal en cuanto presume autor de tentativa de robo al que se introdujere por forado, fractura, escalamiento en algún aposento, casa, edificio habitado, por lo que pide finalmente que el Tribunal aplique a los acusados la pena de presidio mayor en su grado mínimo, más las accesorias legales y costas de la causa.

TERCERO: Defensa. 1.- La defensa del acusado José Ralil Muñoz, efectuada por los abogados defensores públicos Gustava Aguilar Moraga y Luis Felipe Ocampo Moscoso, antes individualizados, según lo manifestado en sus alegatos de apertura y clausura, se ha fundado en que el Tribunal más allá de toda duda razonable no podrá llegar a la convicción que la conducta de su representado se ajusta a los presupuestos del tipo de robo, esto es apropiación de cosa mueble ajena realizada contra la voluntad del dueño y con ánimo de lucro. Hace presente que respecto de las tres personas que ingresaron al inmueble de calle Fagnano, según convenciones probatorias acordadas por los intervinientes, el Ministerio Público formalizó investigación, pero luego hizo separación de acusaciones, por lo que la defensa no se explica los motivos de hecho ni jurídicos para realizar dicha separación. Agrega que Adrián Jofré ya fue condenado a la Pena de 541 días de presidio menor en su grado medio por el delito de robo con fuerza en lugar habitado por un Tribunal de Garantía. Persona esta, a quien el Ministerio Público además presentará como testigo en la audiencia. Por lo que señala que el Ministerio Público, o bien ha usado una estrategia procesal o se trata de dos situaciones distintas, puesto que existe ya una persona condenada por el delito de robo, precisando que la conducta desarrollada por su defendido en los hechos resulta atípica, por lo que no puede ser condenado por un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado; delito que no cometió.

En su alegato de clausura, la defensa señala que su defendido no tocó ninguna especie mueble ni tampoco tuvo ánimo de sustraer, quien

retiró la especie fue Jofré. A continuación realiza una valoración detallada de los medios de prueba que se rindieron durante la audiencia, concluyendo en primer lugar que todos los testigos son de oídas y en cuanto a la declaración de Adrián Jofré, añade que esta persona prestó dos declaraciones ante el Ministerio Público y que cambió la primera para los efectos de obtener su libertad y beneficiarse con el procedimiento del Juicio Abreviado. Asimismo, plantea que existe incongruencia por parte del Ministerio Público, primero porque ha acusado a los imputados como autores en virtud de lo dispuesto artículo 15 Nº1 del Código Penal y durante el juicio ha tratado de probar que hubo concierto entre ellos para perpetrar el ilícito. En segundo lugar, indica que recién el Ministerio Público en su alegato de clausura menciona el artículo 444 del Código Penal, artículo que se refiere a la presunción de autor de tentativa de robo, y lo cierto que en la acusación se ha señalado que el delito se ha cometido en grado de frustrado. Del mismo modo, acota que el Ministerio Público, por una estrategia procesal muy válida probablemente, después de formalizar la investigación, separó las acusaciones de los tres imputados, una persona ya fue condenada por reconocer su participación en los hechos, situación que Ralil y Roa no han reconocido. Finalmente señala que Jofré fue la persona que trasladó la especie de una habitación a otra y que la esfera de protección del Cabo Fonseca no fue quebrantada. Por lo que concluye que con los medios de pruebas rendidos por el Ministerio Público no resultan suficientes para que el Tribunal adquiera la convicción más allá de toda duda razonable que se está frente al delito de robo que ha sido objeto la acusación, por lo que estima finalmente que de acuerdo a los medios de prueba que se han producido durante la audiencia, lo que corresponde es calificar el hecho como violación de domicilio o de morada.

2.-Defensa 2. El abogado particular Juan José Arcos Srdanovic antes individualizado por el acusado Felipe Ignacio Roa Muñoz, según lo manifestado en sus alegatos de apertura y clausura, expresa que la acusación carece de todo sustento, puesto que ha existido un fracaso para repeler la delincuencia, hay una proyección de homicidios en esta ciudad del 400% en relación al año pasado. Ha existido un fracaso en la prevención de la delincuencia, ya que acota que un grupo de pandillas, por ejemplo, atacó una sede vecinal, superando la capacidad de Carabineros. Acota que lo que pretende el Ministerio Público es dar un ejemplo, aplicando una condena elevada y exagerando la aplicación de las normas legales y para ello en su favor, cita jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema. Expresa que lo que trata de hacer el Ministerio Público es tapar el sol con un dedo para darle tranquilidad a la comunidad a base de dos imputados, pero el hecho es que se trató de personas que entraron ebrias y no tenían conocimiento de lo que hacían. Además ningún delincuente entra "a robar a una Hospedería de Carabineros". "Los acusados no son peligrosos puesto que arrancaron y además no abusaron de la superioridad numérica". Arguye por otro lado que el artículo 450 del Código Penal es una ley penal en blanco, atenta contra el principio de reserva legal, es inconstitucional y cita para ello fallos de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Lo anterior porque habría que preguntarse cuál es el principio de ejecución, puesto que de ser así, saldría más beneficiado con menor una pena, un homicida que un autor de robo. Manifiesta que lo que se ha hecho es obviar el iter criminis y aplicar una ley penal en blanco. Por otro lado, expresa que es aplicable el artículo 456 del Código Penal, pues la ley no señala de qué forma debe hacerse la devolución, basta que se haya dejado la especie, en este caso Adrián Jofré hizo una devolución voluntaria de la especie. Asimismo manifiesta esta defensa que no es aplicable la circunstancia agravante del artículo 456 bis Nº3 del Código Penal, ello porque no puede aplicarse con un criterio aritmético. Existen razones históricas como es la ley 11.625 de 1954, Ley modificó para aquellas situaciones en que los imputados actúan sobre seguro, contra niños, en lugares nocturnos, auxiliados por otra gente. Añade que no sirvió de nada a los acusados su número, no hubo organización, nadie estuvo como "sapo" y lo cierto es que se trató de un grupo de ebrios que ingresaron al domicilio con un fin lúdico, puesto que estando al interior de la casa, cuando una persona grita, dejan la especie y salen todos arrancando. Hace presente que la expresión malhechor no es aplicable a su representado toda vez que tiene una conducta anterior irreprochable, y además, existiendo un delito frustrado, puesto que no es aplicable el artículo 450 del Código Penal por ser inconstitucional, no puede ser objeto de esta agravante, pues dicha agravante se aplica al delito

consumado. Añade que también a su defendido le favorecen las atenuantes de los números 6 y 7 del artículo 11 del Código Punitivo y no existiendo agravante del artículo 456 bis Nº3 procede aplicar la pena de presidio menor en su grado mínimo o presidio menor en su grado medio.

En su alegato de clausura, expresa que no va a reiterar los argumentos dados en el alegato de apertura, ya que por la prueba producida en la audiencia, los hechos ocurridos no son constitutivos del delito de robo, y tal como lo ha dicho la otra defensa, se está en presencia de una violación de domicilio. Ello porque el verbo rector del delito de robo es el que se apropia de una cosa mueble ajena, establecido en el artículo 432 del Código Penal, en este caso el dominio de la especie no ha sido acreditado por ningún medio de prueba. En cuanto al escalamiento, si bien están los dichos de Jofré, se ha acreditado durante el desarrollo del juicio, que estaba en estado de ebriedad, por lo que no tenía conciencia de los hechos, estimando que por un asunto de credibilidad no se puede condenar a dos personas por los dichos de un borracho. Estima que lo más probable es que el testigo Mendoza al llegar al domicilio en horas de la noche haya dejado abierta la puerta de ingreso, por lo que en definitiva se debe condenar por el delito de violación de domicilio a su representado.

CUARTO: Convenciones Probatorias. Que los intervinientes de conformidad al artículo 275 del Código Procesal Penal, acordaron, como convenciones probatoria las siguientes:

A.- Respecto de **Felipe Roa Muñoz: 1.-** Que el imputado no registra a la fecha anotaciones prontuariales**. 2.-**Que el imputado entre el 18 de febrero y 06 de marzo depositó en la cuenta corriente del tribunal de garantía la suma de $100.000**.-,** en cuatro depósitos distintos en la cuenta corriente de ese mismo tribunal en la causa 92-2003. **3**.-El informe presentencial evacuado Nº523 de 14 de febrero del año en curso, que en su parte conclusiva señala que el imputado Felipe Ignacio Roa Muñoz es recomendable para cumplir su periodo de observación en la medida de libertad vigilada. **4.**- Que el pasado 18 de enero de 2003, cerca de las 04:00 horas de la madrugada el imputado Roa Muñoz junto a Adrián Jofré y José Ralil hicieron ingreso al inmueble destinado como casa de hospedaje, de Carabineros de Chile, ubicado en calle Monseñor Fagnano Nº 535 de Punta Arenas **5.-** Se propone que el imputado Felipe Roa Muñoz junto a Adrián Jofré Concha y José Ralil Muñoz, luego de ingresar al inmueble procedieron a intentar de abrir varias puertas existentes en el pasillo de la misma, sin lograrlo. **6.-** Que el imputado Roa Muñoz junto Adrián Jofré y José Ralil finalmente ingresaron a la pieza ubicada en el sector posterior, lugar donde en esos momentos dormía el Cabo de Carabineros Pablo Fonseca Prado junto a dos menores de edad de 4 y 13 años respectivamente. **7.-** Que momentos después el imputado Felipe Roa Muñoz junto a José Ralil Muñoz y Adrián Jofré Concha, huyeron de la casa ubicada en calle Monseñor Fagnano Nº 535 de Punta Arenas, uno tras otro por una ventana existente en la cocina de la misma quebrando el vidrio que allí existía al salir. **8.-** Que Felipe Roa Muñoz, junto a Adrián Jofré Concha y José Ralil Muñoz fueron detenidos por funcionarios de Carabineros de Chile, cerca de las 04:15 horas de la madrugada del 18 de enero de 2003, en calle Balmaceda casi esquina de Avenida España de esta ciudad. **9.-**Que Felipe Roa Muñoz, José Ralil Muñoz y Adrián Jofré Concha al 18 de enero de 2003, se encontraban unidos o enlazados por un vínculo de amistad.

B.- Respecto de **José Alejandro Ralil Muñoz: 1.-** Que el imputado no registra a la fecha anotaciones prontuariales en su extracto de filiación y antecedentes**. 2.-**Que el imputado entre el 14 de marzo y 4 de junio del año en curso depositó en la cuenta corriente del tribunal de garantía la suma de $40.000**.-** en cuatro depósitos distintos. **3**.- Que el pasado 18 de enero de 2003, cerca de las 04:00 horas de la madrugada el imputado José Ralil Muñoz junto a Adrián Jofré y Felipe Roa Muñoz hicieron ingreso al inmueble destinado como casa de hospedaje, de Carabineros de Chile, ubicado en calle Monseñor Fagnano Nº 535 de Punta Arenas. **4.**- Que el imputado José Ralil Muñoz, junto a Adrián Jofré Concha y Felipe Roa Muñoz luego de ingresar al antes singularizado inmueble procedieron a intentar de abrir varias puertas existentes en el pasillo de la misma, sin lograrlo. **5.-** Que el imputado José Ralil junto Adrián Jofré y Felipe Roa finalmente ingresaron a la pieza ubicada en el sector posterior, lugar donde en esos momentos dormía el Cabo de Carabineros Pablo Fonseca Prado junto a dos menores de edad de 4 y 13 años respectivamente. **6.-**Que José Ralil Muñoz junto a Adrián Jofré Concha y Felipe Roa Muñoz fueron detenidos por funcionarios de Carabineros

de Chile, cerca de las 04:15 horas de la madrugada del día 18 de enero de 2003, en calle Balmaceda casi esquina de Avenida España de esta ciudad. **7.-**Que José Ralil Muñoz junto a Adrián Jofré Concha y Felipe Roa Muñoz al momento de su detención no opusieron resistencia a la misma, pudiéndose constatar por los funcionarios de Carabineros de Chile, que no llevaban especies ni portaban armas. **8.-**El informe presentencial del imputado signado con el Nº 524 de 14 de febrero de 2003, que en su parte conclusiva señala que el imputado es recomendable para cumplir su periodo de observación en la medida de libertad vigilada.

QUINTO: Establecimiento de los hechos. Este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, apreciando con libertad la prueba rendida durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral, según lo permite el artículo 297 del Código Procesal Penal, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de las experiencias y los conocimientos científicamente afianzados, y en virtud de los hechos no discutidos que dan cuenta las convenciones probatorias, señaladas en el considerando cuarto, de este fallo, tiene por acreditado, más allá de toda duda razonable, que el día 18 de enero de 2003, cerca de las cuatro de la madrugada, caminaban por calle Fagnano de esta ciudad los imputados junto a su amigo Adrián Jofré Concha. Aquellos junto a esta otra persona resolvieron, al pasar frente al inmueble signado con el Nº 535 de dicha arteria, ingresar a dicha propiedad con el objeto de robar. José Ralil Muñoz y Felipe Roa Muñoz junto al otro sujeto procedieron a ingresar al antejardín de esta casa, saltando un muro de concreto de color blanco que existe en su límite exterior, una vez dentro de la propiedad se dirigieron hacia el patio posterior del mismo, lugar en el que encontraron una de las ventanas de la casa abierta, procediendo los tres sujetos a ingresar por esa vía. Una vez dentro de la casa José Ralil Muñoz y Felipe Roa Muñoz junto a Adrián Jofré ingresaron a una de las piezas y desde allí los acusados intentaron sustraer alguna especie que encontraron en su interior, además de un bolso negro que se encontraba en su interior que retiró Jofré desde allí mismo. Luego que Adrián Jofré se retiro hacia el sector del pasillo de la casa portando la mochila o bolso que había sacado de la pieza los acusados se vieron sorprendidos por uno de los habitantes de la casa que justamente en esos momentos dormía en dicha habitación, por lo cual éstas personas junto a Jofré procedieron a arrancar por la ventana que existe en la cocina de dicho inmueble. Al huir se dirigieron hacia el sur poniente de la ciudad.

SEXTO: Prueba rendida durante la audiencia del Juicio Oral. Que es necesario hacer presente que el Ministerio Público y las defensas de los acusados rindieron durante la audiencia las siguientes pruebas: **I.- MINISTERIO PUBLICO a)**.- **prueba testimonial,** con los testigos Héctor Manuel Fuentes Meriño, Neftalí Mendoza Ávila, César Agustín Escobar Fernández, Gerardo Alejandro Muñoz Guiñez, Adrián Daniel Sierpe Fernández, Adrián Alejandro Jofré Concha. **b).- Pericial,** declaración de Neftalí Mendoza Ávila e informe planimétrico, evacuado por el perito Neftalí Mendoza Ávila, signado con el número 004-2003, el que fue objeto de proyección durante la audiencia a través de un medio computacional y dos certificados de acreditación de su calidad de perito. **c).- Evidencia material y otros medios probatorios.** Set de 10 de fotografías del sitio del suceso, las que fueron objeto de proyección durante la audiencia a través de un medio computacional, mochila o bolso de color negro, certificado emitido por la Comisaría de Carabineros respecto del testigo Sebastián Gatica Haro **II.- Defensa de José Ralil Muñoz** rindió durante el desarrollo del juicio la siguiente prueba: **a).-Pericial,** declaración de Ana Paulina Cifuentes Vera e informe pericial evacuado por la perito Ana Paulina Cifuentes Vera. **III.- Defensa de Felipe Ignacio Roa Muñoz** produjo la siguiente prueba en la audiencia: **a).-Testimonial,** Sebastián Mauricio Gatica Haro y Yohana Ester Vera Aguilar**.**

SEPTIMO: Que los imputados José Alejandro Ralil Muñoz y Felipe Ignacio Roa Muñoz, hicieron uso de su derecho a guardar silencio.

OCTAVO: Prueba considerada para establecer los hechos. Para el establecimiento de los hechos antes referidos en el motivo Quinto de este fallo el Tribunal tuvo en consideración las convenciones probatorias señaladas en el motivo cuarto de esta sentencia y las siguientes pruebas incorporadas en la audiencia del juicio oral con las consideraciones que se dirán en su caso:

A.- **Para dar por establecido el hecho que el día 18 de enero de 2.003, cerca de las cuatro de la madrugada, caminaban por calle Fagnano de nuestra ciudad los imputados junto a su amigo**

Adrián Jofré Concha. Que aquellos junto a esta otra persona resolvieron, al pasar frente al inmueble signado con el Nº 535 de dicha arteria, ingresar a dicha propiedad con el objeto de robar. Y que José Ralil Muñoz y Felipe Roa Muñoz junto al otro sujeto procedieron a ingresar al antejardín de esta casa, saltando un muro de concreto de color blanco que existe en su límite exterior, una vez adentro de la propiedad se dirigieron hacia el patio posterior del mismo, lugar en el que encontraron una de las ventanas de la casa abierta, procediendo los tres sujetos a ingresar por esa vía.

1.- Aseveraciones del testigo Adrián Alejandro Jofré Concha, quien manifestó que el 18 de enero de 2003, luego de haber estado en casa de una amiga bebiendo, aproximadamente a las 02:00 de la madrugada, se dirigió a la discoteque Virus con los imputados Roa y Ralil y luego de salir de dicha discoteque, cuando caminaban por calle Fagnano junto a los imputados Roa y Ralil, se le ocurrió la idea a Roa de entrar a robar. Para ello saltaron junto con Roa y Ralil un muro blanco, luego se dirigieron al lado derecho e ingresaron por una ventana posterior del inmueble, que se encontraba abierta, ingresando de la siguiente forma: Roa, él y Ralil, hacia una pieza vacía, para a continuación dirigirse a un pasillo y empezar a revisar las puertas, que se encontraban cerradas, logrando abrir una puerta del fondo e ingresando a una pieza.

2.-Dichos de Héctor Fuentes Meriño; quien expresa que el día 18 de enero estaba pernoctando en la hospedería de Carabineros, ubicada en calle Fagnano. Durante la noche escuchó ruidos, como que alguien entraba al baño o se encontraba en un pieza intermedia que separa aquella en que alojaba el cabo Fonseca y él con el cabo Mendoza. Pasados algunos momentos, siente que el Cabo Fonseca da unos golpes a la puerta expresando "están robando, están robando"; precisando que efectivamente era el Cabo Fonseca a quien le reconoció la voz. Luego se levantó y se dirigió hacia la puerta del inmueble. Acota que con posterioridad conversó con el Cabo Fonseca, quien le manifestó que dos personas habían entrado a su habitación, habían tomado una especie y luego la habían soltado y que además había visto otra silueta en el pasillo. Agrega que estas personas arrancaron. Manifiesta además que él se encontraba durmiendo con el cabo Mendoza y que efectivamente existe una ventana que no puede cerrarse porque pasa un cable de televisión. Esto lo sabe porque cuando llegaron a alojar con el Cabo Mendoza desde Santiago, lo hicieron en esa pieza en la cual la ventana no podía cerrarse, por lo que pidió a la encargada de la Hospedería que los cambiaran de habitación. Asimismo este testigo al exhibírsele las fotos incorporadas al juicio, pudo reconocer la ventana a que hacía referencia, por la cual pasa un cable de televisión y que no puede ser cerrada, como asimismo le fue exhibido el plano, donde señaló la ubicación de las dependencias donde él se encontraba durmiendo, donde se encontraba el cabo Fonseca y la cocina. Acota además que la entrada a la hospedería tiene un muro y una reja.

3.-Declaraciones de Neftalí Mendoza Ávila, quien señaló que el día 18 de enero de 2003, estaba alojando en la hospedería de Carabineros y mientras dormía sintió un fuerte golpe y el cabo Fonseca expresó "me están robando", por lo que primero se levantó el cabo Fuentes y luego él, a continuación el cabo Fonseca les relató que habían entrado a robar y que cuando estaba el cabo Fonseca en su pieza éste habría dicho "qué pasa" y las personas que entraron a su habitación le manifestaron "quédate tranquilo", para luego forcejear con dos personas y soltarlas con posterioridad para pedir colaboración. Añade que llegó a la Hospedería cerca de las 23:30 a 24:00 horas y que él personalmente se preocupó de revisar que las ventanas de la cocina y el baño se encontraran cerradas, acotando que en oportunidades anteriores él había alojado en un dormitorio, donde la ventana que da al patio trasero no puede cerrarse completamente, toda vez que tiene un cable de televisión que impide dejarla cerrada. Asimismo a este testigo le fueron exhibidas las fotografías donde señaló que reconoció la ventana de la habitación donde él había pernoctado con el cabo Fuentes, la que no se podía cerrar puesto que pasaba un cable de televisión.

4.-Neftalí Mendoza Ávila, en su calidad de perito, manifestó que él había realizado el informe pericial Nº 004-2003, indicando la ubicación de las dependencias y por donde, según lo señalado por la fiscalía, se habría producido la entrada al inmueble. Precisó además las dimensiones, altura de la ventana abatible de la fachada posterior.

5.- Manifestaciones de Adrián Sierpe Fernández, quien declaró que luego de ocurrir los hechos, por

intermedio de la Central de Comunicaciones de Carabineros, fue llamado a su domicilio particular y le informaron que habían entrado a robar a la hospedería de Carabineros y que debía que debía hacer la toma fotográfica. Al llegar al lugar los cabos Mendoza y Fuentes le habrían manifestado que habían intentado robar en la hospedería y estas personas le señalaron los lugares donde debía sacar las fotografías, para luego precisar que efectivamente él tomó las diez fotografías que se incorporaron a la audiencia, dando cuenta que existe la ventana que queda en la fachada posterior a que han hecho referencia los testigos anteriores.

6.- Expresiones de César Agustín Escobar Hernández, quien manifestó que el día 18 de enero de 2003, a través de una comunicación de la Central de Comunicaciones de Carabineros, se enteró que estaban robando en la hospedería de Carabineros y al llegar allí y también durante el recorrido con el carro policial para buscar a los imputados, el cabo Fonseca le manifestó que habían entrado a robar a la hospedería y que habían tomado una mochila de propiedad de su esposa, pero que con posterioridad, él la había recuperado. Precisa que estando en la comisaría el Sargento Sepúlveda Coats le había manifestado que habría escuchado a los imputados decir "la cagadita que nos mandamos". Asimismo, que el Cabo Fonseca había forcejeado dos personas y que había visto una silueta en el pasillo y cuando estaba en la cama, e ingresaron los sujetos, habría preguntado "qué pasa" y le respondieron "quédate tranquilo compadre". Incluso, cuando estaba en el pasillo forcejeando, el tercero habría manifestado "sácale la cortaplumas".

7.-.- Manifestaciones de Gerardo Muñoz Guiñez, quien expresa que el día 18 de enero de 2003 estaba de turno junto al funcionario César Agustín Escobar Fernández y el conductor Pinto y se enteró por intermedio de la Central de Comunicaciones de Carabineros, que tres personas habían ingresado a robar a la hospedería de Carabineros y durante el trayecto que ocuparon en el carro policial para buscar a los imputados, el cabo Fonseca le manifestó al Sargento Escobar que personas habían ingresado a robar a la hospedería y que él había forcejeado con ellos.

B.- Para dar por establecido el hecho que una vez adentro de la casa José Ralil Muñoz y Felipe Roa Muñoz junto a Adrián Jofré ingresaron a una de las piezas y desde allí los acusados intentaron sustraer alguna especie que encontraron en su interior, además de un bolso negro que se encontraba en su interior que retiró Jofré desde allí mismo.

1.- Declaraciones de Adrián Jofré Concha, quien sin perjuicio de lo ya expuesto, manifestó que el día de los hechos una vez en el interior del inmueble, se encontraron con una pieza vacía. A continuación avanzaron por un pasillo, revisando las puertas que estaban cerradas, logrando abrir una, para luego entrar junto a los demás imputados. Desde allí tomó un bolso y luego se dirigió a un pasillo cerca de la cocina mientras las otras personas se quedaron registrando para ver si encontraban algo de valor. Del mismo modo, Adrián Jofré manifestó que efectivamente reconoce la evidencia material que le es exhibida en audiencia, como la mochila o bolso negro que tomó el día de los hechos.

2.- Expresiones de Héctor Fuentes Meriño, quien relata sin perjuicio de lo ya expuesto, que la noche del 18 de enero de 2003 el cabo Fonseca le manifestó que dos personas habían ingresado a su habitación, que había forcejeado con ellos y que había logrado recuperar un bolso que le habían sustraído.

3.- Dichos de Neftalí Mendoza Ávila, quien sin perjuicio de lo ya expuesto anteriormente, señala que la noche del 18 de enero de 2003, mientras estaba pernoctando en la hospedería de Carabineros, el cabo Fonseca le manifestó que habían entrado a robar a su habitación y que le habían robado una mochila. Agrega que el cabo Fonseca le indicó que estaba despierto, vio una silueta y al preguntarle "¿qué pasa?", le contestaron "tranquilo", para luego abalanzarse y forcejear con dos personas y luego pidió ayuda golpeando la pared, acotando que él estaba a una distancia de dos metros de la habitación del Cabo Fonseca.

4.- Declaraciones de César Escobar Fernández, quien manifestó que el día 18 de enero de 2003, al llegar a la hospedería de Carabineros, y mientras realizaba diligencias en el carro policial el cabo Fonseca le expresó qué él sintió ruido, y a continuación vio una silueta, persona que le expresó tranquilo compadre. Acto seguido vio que sacaban algo de su cama, que correspondía a la mochila, por lo que Fonseca procedió a forcejear con dos personas y con los codos prendió la luz del pasillo y golpeó la puerta. Manifestando además que vio a un tercero, quien decía "sácale la cortaplumas". Acota que la mochila quedó botada

en el pasillo y que las personas se dieron a la fuga por la cocina. Testigo que además reconoció la evidencia material incorporada a la audiencia de juicio oral, consistente en la mochila o bolso negro, como aquella que le mostró el cabo Fonseca el día de los hechos

C.- Para dar por establecido el hecho que luego que Adrián Jofré se retiro hacia el sector del pasillo de la casa portando la mochila o bolso que había sacado de la pieza los acusados se vieron sorprendidos por uno de los habitantes de la casa que justamente en esos momentos dormía en dicha habitación, por lo cual éstas personas junto a Jofré procedieron a arrancar por la ventana que existe en la cocina de dicho inmueble.

1.- Dichos de Alejandro Jofré Concha, quien sin perjuicio de lo ya relatado, y que permite al Tribunal verificar la lógica y coherencia del relato, manifestó que una vez que él tomó el bolso, se dirigió al pasillo, cerca de la cocina y de pronto se levantó un Carabinero que estaba durmiendo y empezó a forcejear con los demás imputados, por lo que Roa, Ralil y él salieron corriendo. Además, de acuerdo a las fotos que le fueron exhibidas en la audiencia de juicio oral, el testigo reconoció la ventana de la cocina por donde salieron arrancando Roa, él y Ralil. Además de dar cuenta que producto de un tropiezo pasó a quebrar el vidrio. Asimismo, en el plano que le fue exhibido durante la audiencia ubicó la dependencia de la cocina por donde habían salido.

2.- Testimonios de Neftalí Mendoza Ávila, que sin perjuicio de lo ya expuesto en los puntos anteriores, indicó que el cabo Fonseca le manifestó que había forcejeado con dos personas y la suelta para pedir ayuda, golpeando la puerta. Lo anterior además se ve ratificado en su declaración como perito, donde declaró en donde estaban los ubicados el inmueble, sus dependencias y la distribución y las personas que allí pernoctaron el 18 de enero de 2003.

3.- Declaraciones de Héctor Fuentes Meriño, quien sin perjuicio de lo ya expuesto, indica que el día 18 de enero de 2003, estando pernoctando en la hospedería de Carabineros, el cabo Fonseca le señaló que las personas con las cuales había forcejeado habían arrancado. Además él sintió ruidos como que algo se había quebrado. Lo anterior se ve ratificado por la exhibición del plano, donde el testigo reconoce la ubicación del inmueble, la puerta de ingreso, el living, la cocina y la pieza donde pernoctó ese día.

D.- Para dar por establecido el hecho que al huir se dirigieron hacia el sur poniente de la ciudad.

1.- Manifestaciones de César Escobar Fernández, quien sin perjuicio de lo ya expuesto, señala que el día 18 de enero de 2003, mientras estaba de turno la Central de Comunicaciones, se enteró que habían entrado a robar en la hospedería de Carabineros, dirigiéndose junto al ofendido, cabo Fonseca, en la patrulla policial a realizar búsquedas en diferentes calles, logrando con la información del cabo Fonseca ubicar a los acusados, quienes fueron detenidos en calle Balmaceda al llegar a Avenida España, participando él directamente en la detención de uno de ellos.

2.- Declaración de Gerardo Muñoz Guiñez, quien señala que el día 18 de enero de 2003, mientras estaba de turno, se enteró que habían entrado a robar en la hospedería de Carabineros y para lo cual junto al ofendido, cabo Fonseca, en la patrulla policial comenzaron a realizar búsquedas en diferentes calles, logrando con la información del cabo Fonseca, ubicar a los acusados, quienes fueron detenidos en calle Balmaceda al llegar a Avenida España, participando él directamente en la detención de uno de ellos.

NOVENO: Valoración de la prueba. Que las declaraciones de los testigos prestadas libremente al ser interrogados por los intervinientes en el Juicio Oral, aseveraciones que han sido emitidas en detalle por los declarantes y con las formalidades legales, presentan características de exactitud y precisión que, por encontrarse además acordes y concordantes con las demás probanzas rendidas, llevan a este Tribunal a formarse la convicción en cuanto a que los hechos han acaecido de la manera referida en el motivo quinto precedente. Además, los testigos presentados por el Ministerio Público se han mostrado conocedores de los hechos sobre los que declaran, por haber sido presenciados por éstos de una manera inmediata y directa, o bien, por haber tomado conocimiento de los mismos en forma próxima a su ocurrencia, impresionando a los jueces como capaces de percibirlos y apreciarlos por sus sentidos. En cuanto al perito concurrente a la audiencia del juicio oral, por el Ministerio Público éste ha demostrado dominio de su respectiva ciencia o arte, incorporando al juicio certificados que acreditan su calidad; y es por ello que aparece como veraz y creíble en cuanto al

hecho de haber confeccionado el plano presentado en el juicio y que fuera exhibido a los Jueces en la misma audiencia, razón por la cual este Tribunal acoge plenamente la prueba rendida por el Ministerio Público, la que, a mayor abundamiento, no ha sido controvertida por prueba alguna en contrario ni a través de los contra interrogatorios, han resultado desacreditadas

DECIMO: Alegaciones de la defensa de Felipe Ignacio Roa Muñoz. Que en cuanto a las alegaciones formuladas por la defensa en sus alegatos, se tiene presente lo siguiente:

I.- Respecto a la inaplicabilidad del artículo 450 del Código Penal por ser inconstitucional y ser una ley penal en blanco. Dicho criterio este tribunal no lo comparte por los siguientes fundamentos:

1.- Es preciso señalar que el tipo penal, corresponde a la descripción del comportamiento prohibido que hace la ley, que es general, abstracto y conceptual, que se contempla en la parte especial del Código punitivo. Tipicidad en cambio, es la coincidencia de una conducta concreta, real con el esquema abstracto del tipo penal (Mario Garrido Montt, derecho Penal, parte general, tomo II, página 46, Editorial Jurídica, Santiago 2003). En el delito objeto de la acusación la ley con anterioridad ha descrito la conducta y le ha señalado una pena. La modificación de la pena aplicable, fue realizada el 27 de septiembre de 1972, por Ley 17.727. En consecuencia el Código Penal ha descrito la conducta y ha señalado la pena con anterioridad a la comisión de los hechos. **2.**- Ahora bien, la pena señalada al delito, según el grado de desarrollo del mismo, de acuerdo al sistema de aplicación de penas señalado en los artículos 50 y siguientes del Código Penal, respecto al delito frustrado y a la tentativa no se aplica en aquellos casos especialmente penados por la ley, según el sistema de aplicación de penas, establecida en los artículos 50, 51 y 52 del Código Penal, Y no se aplica en aquellos casos en que la ley señala una norma especial para la punibilidad de la frustración, de la tentativa, de la complicidad o el encubrimiento que se hallen especialmente penados por la ley. En el Código Penal, no sólo esta la situación del artículo 450, que se analiza en este caso, sino que también lo hace el legislador entre otros casos, en el artículo 111 del Código citado, a propósito de los crímenes y simples delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado. En donde establece que el delito frustrado se sancione igual que el consumado. (Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, parte general, tomo II, páginas 176 y 177, Editorial Jurídica, Santiago 1999). **3.-** Por otro lado, la regla del artículo 450 inciso primero del Código Penal es una regla de equiparación de la penalidad, por lo que no se trata propiamente de una modificación de los conceptos generales del iter criminis, sino que es una regla especial frente a la de los artículos 50 y siguientes del Código Penal, que fijan su penalidad, tal como expresamente lo permite el artículo 55 del texto citado. Luego no se trata de una regla inconstitucional- en el sentido de establecer una pena sin describir la conducta que se sanciona. Pues la tentativa y la frustración está expresamente descritas en el artículo 7 del Código Penal, para todos los delitos que en ellas son concebibles. (Jean Pierre Matus, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, página 147, Editorial Universidad de Talca 2002). **4.**- Del mismo modo y siguiendo el razonamiento de la Excelentísima Corte Suprema en fallos de 9 de octubre de 2001 y de fecha 31 de enero de 2002, publicados en la Gaceta Jurídica, Números 256 del año 2001 y 259 de enero de 2002, ha manifestado en síntesis que: **a).-** Que no es verdad que el artículo 450 inciso primero del Código Penal, este derogado tácitamente pues contraría el principio de Tipicidad consagrado en el artículo 19 Nº 3 incisos 7 y 8 de la Constitución Política; ello por cuanto es unánimemente aceptado, por la doctrina y la jurisprudencia, que la descripción de aquello en que consisten los hechos tentados se obtiene conectando el tipo de complemento, contenido en el artículo 7 inciso final del Código Penal, con el correspondiente tipo de consumación. Luego los artículos que se deben enlazar en este caso son el citado artículo 7 y los artículos 432 y 440 Nº 1 del citado Código. Ahora bien la ley 17.727 jamás se propuso modificar el tipo, existente desde la mitad del siglo XIX, por lo que no se divisa como la disposición en análisis podría vulnerar el principio de tipicidad **b).-** Por otro lado de seguir el criterio planteado, se llegaría a la conclusión de que la tentativa de robo no solo no podría sancionarse con la misma pena del robo consumado, sino con ninguna, pues si este hecho careciera de tipo, tampoco sería posible castigarlo con la pena rebajada del artículo 52 y en este caso con el artículo 51 del texto referido. **c).-** Que asimismo no arredra lo anterior lo establecido en el

artículo 55 del Código penal, pues este precepto expresa que las reducciones de punibilidad consagradas en los cuatro artículos precedentes para los delitos imperfectos no son aplicables en aquellos casos en los cuales la ley ha querido asociar a la tentativa y al delito frustrado una consecuencia penal distinta, como ocurre precisamente con el artículo 450 inciso 1º del Código Penal. Agrega que la expresión "especialmente penados por la ley" quiere decir castigados con una pena especial y no "tipificados en forma especial por la ley". Ello se corresponde lógicamente con una interpretación sistemática, pues en los artículos 51 y 54 del código penal no contiene tipos generales ni de ninguna otra índole, sino en cambio consecuencias penales de la tentativa y el delito frustrado en general. **5.-** En consecuencia, el artículo 450 del Código Penal no atenta contra el principio de reserva legal ni tampoco es una ley penal en blanco, de acuerdo a los razonamientos que se han señalado. En todo caso, siguiendo al profesor Sergio Yánez Pérez en su trabajo sobre las Leyes Penales en Blanco, respecto a un informe en derecho evacuado en la tramitación de la ley 18.403, manifiesta que el artículo 19 Nº3 de la Constitución Política de la República no contiene una prohibición expresa a las leyes penales en blanco. Por cuando los autores Luis Cousiño, Gustavo Labatut y Eduardo Novoa, aceptan la vigencia de las leyes penales en blanco. Ello porque estos profesores no están de acuerdo con las denominadas leyes penales en blanco propias, aquellas cuyo complemento se encuentra en un rango inferior a la ley, como por ejemplo, reglamento ordenanza o decreto. En cambio en las leyes penales en blanco impropias, la norma penal incompleta es integrada por otra ley penal o extra penal y para estos autores solo las propias constituirían estrictamente leyes penales en blanco, mientras que las impropias serían meras técnicas legislativas de reenvío. Tampoco estaría en contra de lo razonado anteriormente por este Tribunal, lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que allí se señala que lo que no se puede imponerse es una pena más grave que la aplicable al momento de la comisión del delito; en este caso, la pena estaba fijada con anterioridad a la comisión del delito. Del mismo modo, no hay contradicción con el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que también señala que no se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. En la especie el delito de robo se encontraba descrita y sancionada por una pena con mucha anterioridad de la comisión del hecho. **6.-** En la misma perspectiva de los argumentos dados , el profesor Politoff en su obra el Texto y Comentario del Código Penal Chileno, Editorial Jurídica de chile, Santiago, 2002, manifiesta que a nivel de política criminal, la regulación de los artículos 7, 8 y 9 del Código Penal refleja la valiosa tradición jurídica liberal y democrática que inspiró el código penal, por lo que no parece necesaria una reforma radical de sus disposiciones. **7.-** Finalmente para ilustrar los argumentos antes referidos, se debe señalar que en una observación de los códigos penales latinoamericanos, por ejemplo el código penal de Uruguay en su artículo 5º, el código penal colombiano del año 2000 en su artículo 27 y el código penal español de 1995 en su artículo 15 y 16 establecen la penalidad de los delitos imperfectos, en este caso, la tentativa ; y en ninguno de esos códigos en la parte especial se establece para cada conducta un tipo especial de delito frustrado, un tipo especial de delito en grado de tentativa, sino que se sigue la misma regla que se mantiene en el Código Penal chileno, esto es los hechos frustrados o tentados se obtienen conjugando el tipo de complemento contenido en el mismo artículo del código penal con el correspondiente tipo de consumación consagrado en la parte especial del texto legal o en una ley especial.

II.- En cuanto a que los hechos materia de la acusación constituiría violación de domicilio, este Tribunal no comparte dicha afirmación, toda vez que por un asunto de lógica, de máxima de experiencia, tomando en cuenta la prueba producida durante la audiencia del desarrollo del juicio oral y como ya lo ha manifestado el tribunal precedentemente, resulta difícil concluir que tres personas a las cuatro de la madrugada hayan entrado a un domicilio para el solo efecto de permanecer allí contra la voluntad del dueño, máxime si el sentido común indica, que si alguien ingresa a un bien raíz lo hace con alguna finalidad, y la defensa de los acusados, ni estos, han acreditado, finalidad alguna, que supuestamente perseguían, que como se ha dicho, ha quedado acreditado fehacientemente, que aquellos ingresaron al bien raíz para sustraer especies. Además quedó establecido que las personas que

ingresaron al domicilio procedieron a intentar abrir varias puertas existentes en el pasillo y que posteriormente ingresaron a la pieza ubicada en el sector posterior, donde dormía el cabo de Carabineros Pablo Fonseca Prado junto a dos menores,; que asimismo Adrián Jofré Concha sustrajo desde la pieza de este un bolso negro o mochila, el que fue dejado cuando fueron sorprendidos. En consecuencia, se rechazará el argumento dado por la defensa.

III.- Respecto al artículo 444 del Código Penal que fue citada por el Ministerio Público. Este tribunal considera que dicha norma no fue invocada por el Ministerio Público al momento de la acusación ni en el alegato de apertura, sino que solo lo hizo en su alegato de clausura, por lo que el tribunal en la consideración y valoración de la prueba y los hechos, no lo tendrá presente como lo ha solicitado la defensa; sin perjuicio de su vigencia legal. En todo caso lo que allí establece es una presunción legal y no de derecho.

IV.- En cuando a la ajenidad de la cosa. Se debe tener presente que en la audiencia del juicio oral la mochila o bolso negro fue reconocido por Adrián Jofré Concha como la que sustrajo el día de los hechos. Del mismo modo fue reconocida por el testigo César Agustín Escobar como aquella que el día de los hechos le fue mostrada por el cabo Fonseca en cuanto a la especie que los imputados intentaron sustraerle. Esto se ve corroborado además por lo que el cabo Fonseca les expresó a Héctor Fuentes Meriño y Neftalí Mendoza Ávila en cuanto a que la noche del 18 de enero de 2003 le había entrado a robar una mochila que estaba en su habitación

V.- Respecto a la ebriedad. Si bien esta acreditado tanto por Sebastián Gatica y Johann Vera , reconocido por el Ministerio Público en su alegato de clausura y confirmado por y por el mismo Adrián Jofré, que éste esta ebrio. El tribunal tiene presente que sobre el grado de ebriedad, quien debe determinarlo es un perito. Por lo demás los testigos señalados no aparecen convincentes y seguros para explicar realmente cual era el estado de ebriedad en que se encontraba Felipe Roa y Adrián Jofré el día de los hechos. Además ellos también habían bebido alcohol. Del mismo la defensa no logró acreditar que Felipe Roa o bien Adrián Jofré, no obstante estar ebrios, cual efectivamente era su estado de conciencia. Teniendo presente que antes para llegar a la discoteque habían caminado una hora y que además , al ser sorprendidos por el cabo Fonseca escaparon por una ventana de una cocina. Lo que sin duda revela que su estado no eral tal que no les permitiere conocer lo que hacían. En relación a sus alegaciones referentes al artículo 456, 456 bis Nº3, 10 Nº1, 11 Nº6 y 7, 11 Nº9, se analizarán en el considerando respectivo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.

UNDECIMO: Alegaciones de la defensa de José Alejandro Ralil Muñoz. En cuanto a la alegación respecto a que el Ministerio Público habría desarrollado una estrategia procesal diferente para los tres imputados. A este respecto en criterio de este tribunal se hace presente que el Ministerio Público tiene la exclusividad del ejercicio y sustentación de la acción penal. Pública. En ese sentido todo el ordenamiento procesal penal y la Constitución Política del Estado le da las herramientas para desarrollar la estrategia procesal que estime conveniente, ya sea para seguir la acción penal hasta sus últimas consecuencias o bien recurrir a una serie de soluciones alternativas que establece el Código Procesal Penal, ya sean acuerdos preparatorios, suspensiones condicionales del procedimiento, juicios simplificados, juicios abreviados, principio de oportunidad, archivo provisional, y otros. En este caso, ha desarrollado su acción dentro del marco legal y constitucional. Por lo demás, no le corresponde a este Tribunal de Juicio Oral en lo penal referirse a atribuciones exclusivas de la institución Ministerio Público. En cuanto a que los hechos desarrollados por José Ralil Muñoz son atípicos. En primer lugar la defensa no hizo un detalle acabado con los fundamentos adecuados, de los elementos que concurren para constituir el robo y tampoco un detalle acabado de los elementos que concurren para constituir otro tipo penal, ni por último en que consistiría esa atipicidad. Lo cierto es, que en relación a este tema planteado por la defensa del imputado Ralil, en el desarrollo de la audiencia, el Tribunal llegó a la convicción tal como lo manifestó en la deliberación, que efectivamente se cometió por los acusados el delito de robo. Ello pues no se ve cuales sean los factores que permitan llegar a una falta de tipo, por lo demás no explicado suficientemente por la defensa. En todo caso efectivamente hubo apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño con ánimo de lucro, con fuerza en las

cosas, y en lugar habitado. Que tal como lo establece el profesor Alfredo Etcheberry en su libro de Derecho Penal, Tomo III, Editorial Jurídica, Santiago, 1999, página 303, la frase en el contexto corresponde a esta y no contra la voluntad del dueño, como lo cita la defensa.

En cuanto a que su defendido no tomó ninguna especie mueble al estar al interior del inmueble. Se observa que en el auto de apertura el imputado José Ralil fue acusado por el Ministerio Público como coautor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado en grado de frustrado en virtud del artículo 15 Nº1, esto es los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata indirecta sea impidiendo o procurando impedir que se evite. En consecuencia, es claro que su representado tiene la calidad de autor. No es óbice para ello que no hubiere tomado ni sustraído en el momento ninguna especie, toda vez que él estaba acompañado de dos sujetos más, de los cuales Adrián Jofré sustrajo un bolso o mochila color negro. Asimismo respecto de la incongruencia del artículo 15 Nº 1 del Código Penal con lo manifestado por el Ministerio Público , respecto a acreditar el concierto que tenían los imputados para cometer el robo. El tribunal concluye que el Ministerio Público tanto en su acusación, alegatos de apertura, alegatos de clausura y determinación de la pena no ha manifestado ni ha variado su posición en cuanto a que a los acusados les corresponde la calidad de autores en conformidad al artículo 15 Nº1 del Código Penal. Y respecto del tema de la concertación de los acusados ha desarrollado dicha frase para acreditar el ánimo que existía por parte de los acusados el día de los hechos para entrar al inmueble de calle Fagnano.

Del mismo modo, la alegación consistente en la cita que el Ministerio hace del artículo 444 del Código Penal en su alegato de clausura Este tribunal reproduce los mismos argumentos dados para la defensa del imputado Roa y en consecuencia para su valoración de los hechos y de la prueba y en la aplicación de normas jurídicas, no tendrá presente el artículo 444 del Código Penal.

En cuanto a la violación de domicilio o morada, este Tribunal de juicio Oral en lo Penal hace suyos los argumentos ya dados a la defensa de Felipe Roa Muñoz, por lo ya expuesto en los motivos precedentes, pues resulta imposible sostener que con la prueba producida en el juicio los acusados solo ingresaron a la hospedería de Carabineros contra la voluntad de su dueño.

DECIMOSEGUNDO: Calificación jurídica. Que en consecuencia los hechos establecidos en el motivo quinto son constitutivos del delito de Robo con fuerza en las cosas en lugar habitado en grado de frustrado, previsto y sancionado en el artículo 440 Nº 1 del Código Penal en relación al artículo 7 del mismo texto legal, toda vez que los acusados en compañía de otro individuo, en horas de la madrugada del día de los hechos, procedieron a ingresar por una ventana posterior del inmueble en el cual se encontraba durmiendo el ofendido, lugar donde pusieron de su parte todo lo necesario a fin de sustraer un bolso negro propiedad de éste, objetivo que no lograron, por causas absolutamente independientes de su voluntad, objetivo que no se pudo consumar por la oportuna reacción del afectado y de terceros que pernoctaban. En doctrina los elementos que componen el referido ilícito Son: **1.- Apropiación**, esto es la sustracción de una cosa de la esfera de resguardo de una persona, del ámbito de su vigilancia, con el ánimo de comportarse de hecho como propietario de ella. Toda vez que los acusados, ingresaron en la habitación del cabo Pablo Fonseca Prado y Adrián Jofré sustrajo un bolso negro o mochila. **2. Cosa Mueble**. Siguiendo al profesor Garrido, en la obra citada anteriormente, en materia penal el concepto de mueble en los delitos contra la propiedad es una noción más amplia que la establecida el artículo 567 del Código Civil y comprende todas aquellas cosas que pueden trasladarse de un lugar a otro sea por si mismo o por una fuerza externa, aun que sufran deterioro. En este caso se sustrajo una especie mueble consistente en una mochila o bolso color negro que fue incorporada como evidencia material al juicio y reconocida por Adrián Jofré Concha. **3.- Cosa ajena:** Es decir, aquella respecto de las cual una persona distinta del hechor detenta la propiedad o la posesión. En efecto, Adrián Jofré Concha sustrajo una cosa mueble que se encontraba en la pieza donde esta alojando el cabo Pablo Fonseca Prado y durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral la defensa o los acusados no demostraron que la cosa mueble perteneciera a ellos, sino que, como quedó comprobado por los dichos de Héctor Fuentes Meriño, Neftalí Mendoza Ávila y César Escobar Fernández, dicha especie mueble pertenecía a Pablo Fonseca Prado. **4.-Sin la voluntad de su**

dueño. Es decir se ha actuado sin el consentimiento del propietario o poseedor. Siendo suficiente que no se haya dado el consentimiento. Es claro que en este caso no se dio ningún consentimiento, puesto que de acuerdo a los relatos de Pablo Fonseca Prado, como se ha dicho precedentemente y que manifestó a los funcionarios Héctor Fuentes Meriño, Neftalí Mendoza Ávila y César Escobar Fernández, estuvo forcejeando con dos personas en la hospedería de Carabineros, logrando recuperar la mochila o bolso negro que le habían sustraído para luego las personas salir arrancando. **5.-Animo de Lucro.** El que se puede derivar del hecho de la sustracción, bastando que se tenga al ejecutar la acción, sin que requiera un enriquecimiento real. Es decir lo que se trata es lograr una ventaja de índole patrimonial para él o para un tercero. En el caso materia de este juicio oral, el hecho de que Adrián Jofré Concha en presencia de los acusados Ralil y Roa hubiera sustraído la mochila color negro, hace concurrir este elemento del delito de robo. **6.- Fuerza en las cosas.** Aquella de naturaleza física empleada para vencer la resistencia u obstáculos materiales que impiden el apoderamiento de la cosa física En este caso con **escalamiento.** Esto es cuando se entra por vía no destinado al efecto. Este concepto debe tomarse en sentido normativo. La idea es sancionar con mayor gravedad los comportamientos del hechor que suponen un mayor esfuerzo o destreza para sustraer la cosa ajena. Esto queda acreditado con los dichos de Adrián Jofré Concha, quien manifestó que saltaron un muro, luego ingresaron a la parte posterior del inmueble, procediendo a entrar al interior del bien raíz por medio de una ventana. Ventana que además el tribunal pudo apreciar a través de el set de 10 fotografías incorporado en la audiencia de juicio oral, corroborado además con los dichos de Adrián Sierpe Fernández, respecto a que la ventana efectivamente existe en ese lugar puesto que él fotografió el sitio del suceso y las declaraciones del perito Neftalí Mendoza Ávila, en cuanto manifestó que realizó un levantamiento del inmueble de calle Fagnano y específicamente de la ventana por donde Adrián Jofré manifestó que habían ingresado. Finalmente se debe obviamente indicar que el robo ocurrió en un lugar habitado, esto es recinto cerrado o no, pero que está de alguna forma delimitado y que tiene resguardos o reparos materiales. Donde además alguien o un grupo de personas moran o viven y le dan ese uso. En efecto, el hecho de que es un lugar habitado se desprende obviamente con las declaraciones de Héctor Manuel Fuentes Meriño, Neftalí Mendoza Ávila, quienes se encontraban pernoctando la noche del 18 de enero de 2003 en el inmueble de calle Fagnano; los dichos de Daniel Sierpe Fernández, quien tomó las fotografías al inmueble, del que se desprende efectivamente que es un lugar habitado; expresiones de César Escobar Fernández y Gerardo Muñoz Guiñez, quienes al enterarse a través de un comunicado radial que estaban robando en un bien raíz, concurrieron a la hospedería de Carabineros. Lo anterior también se ve corroborado con la declaración del perito Neftalí Mendoza Ávila, a quien le correspondió realizar un informe pericial planimétrico y quien detalló en la audiencia del Tribunal las diferentes tomas que realizó al inmueble, complementado además con su informe pericial planimétrico incorporado a la audiencia. Del mismo modo reafirma el concepto de lugar habitado las convenciones probatorias. Tal como se desprende de la convención probatoria del imputado Roa en su punto 4 y la convención probatoria del imputado Ralil Muñoz en el punto 3 en el sentido que estas tres personas ingresaron al inmueble destinado como casa de hospedaje de Carabineros de Chile ubicado en calle Monseñor Fagnano Nº 535 de Punta arenas.

En cuanto al grado de frustrado, cuyo concepto se desprende del artículo 7 del código penal y corresponde cuando el sujeto activo realiza dolosamente la totalidad de la actividad delictiva, que personalmente le correspondía ejecutar, pero el curso causal que pone en movimiento no se concreta en el resultado típico perseguido, por razones ajenas a su voluntad. (Mario Garrido Montt, Derecho penal, parte general, tomo II, Editorial Jurídica, Santiago 2003, página 268). Lo que queda acreditado con los dichos de Adrián Jofré Concha, en cuanto manifestó que una vez que había sustraído la mochila o bolso de color negro, observó que una persona salía de la habitación, por lo que salió arrancando, no llevando consigo la especie mueble. Del mismo modo corrobora lo anterior los dichos de Héctor Fuentes Meriño, Neftalí Mendoza Ávila, por cuanto a ellos el cabo Pablo Fonseca Prado les manifestó que personas le intentaron robar una mochila o bolso de color negro que luego recuperó. Asimismo lo manifestado por Pablo Fonseca Prado a César Escobar Fernández, en el

sentido que Fonseca se encontraba en su habitación de la Hospedería de Carabineros e ingresaron dos sujetos a ella y le sustrajeron una mochila o bolso de color negro que era de su esposa, la que logró recuperar para luego los acusado salir huyendo del sitio del suceso.

DECIMO TERCERO: PARTICIPACION La participación de los acusados en convicción de este tribunal quedó demostrada en el desarrollo de la audiencia de juicio oral por las siguientes pruebas: 1.- Dichos de Adrián Jofré Concha, quien manifestó que junto a los acusados Ralil y Roa ingresaron al inmueble de calle Fagnano, objeto de la acusación luego de entrar a dicho bien raíz, se dirigieron a la pieza donde se encontraba el cabo Pablo Fonseca Prado junto a dos menores de 4 y 13 años respectivamente y desde allí Adrián Jofré junto a Ralil y Roa, sustrajo una mochila o bolso de color negro, y al verse sorprendidos por un Carabinero, huyeron del lugar. **2.-** Expresiones de Héctor Fuentes Meriño y Neftalí Mendoza Ávila, quienes manifiestan que el cabo Pablo Fonseca Prado les indicó que mientras estaba en su habitación, entraron dos personas, quienes le sustrajeron una mochila o bolso negro, para luego forcejear con dos de ellos y recuperar la especie. **3.-** Lo anterior se corrobora en forma lógica, coherente con los dichos de César Escobar Fernández, quien manifestó que Pablo Fonseca Prado le señaló que había forcejeado con dos personas al interior de la hospedería de Carabineros y que además había visto a un tercero, personas estas que fueron reconocidas por Pablo Fonseca Prado en el patrullaje policial que se hizo en fecha próxima a la ocurrencia de los hechos, sujetos que corresponden a José Ralil Muñoz, Felipe Roa Muñoz y Adrián Jofré Concha. En consecuencia, los hechos que expuso Pablo Fonseca Prado tanto a César Agustín Escobar Fernández como Héctor Fuentes Meriño Y Neftalí Mendoza Avila son verosímiles y concuerdan con lo manifestado en forma precisa por Adrián Jofré Concha. Por lo que en consecuencia a los acusado José Alejandro Ralil Muñoz y Felipe Roa Muñoz les ha correspondido la calidad de coautores en el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado en grado de frustrado, toda vez que han intervenido en su ejecución de una manera inmediata y directa .

DECIMOCUARTO: Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. El tribunal hace presente que el día 24 de junio de 2003 se llevó a efecto audiencia sobre factores relevantes de determinación de la pena **I.** Ministerio Público: Tanto en su alegato de apertura como de clausura se ciñó a lo alegado en la acusación respecto de las atenuantes que favorecen a los acusados, esto es, la irreprochable conducta anterior y para Felipe Roa, reparar con celo el mal causado. No obstante lo anterior, en la audiencia de determinación de la pena, estimó con una serie de observaciones que en todo caso beneficiaba a José Ralil Muñoz también la atenuante del artículo 11 Nº7 del código penal. Del mismo modo, manifestó que el artículo 456 del código penal no le es aplicable a los acusados, toda vez que debe haber una entrega como forma de arrepentimiento, no de desesperación ni tampoco coaccionada por la fuerza de los hechos. Acota que tampoco le es aplicable a los acusados la atenuante del artículo 11 Nº9 del texto citado puesto que desde el 18 de enero de 2003, fecha de ocurrencia de los hechos, recién los acusados primeros diez días del mes de abril cambiaron su declaración aunque admite eso sí, que el 18 de enero de 2003 señalaron que efectivamente habían ingresado a la hospedería de Carabineros. Asimismo manifiesta que en todo caso, en los hechos no es aplicable el artículo 68 bis del Código Penal, por cuanto debe haber una sola atenuante y en este caso hay más de una, incluso, aunque hubiera solo una, no se reúnen los elemento para que el tribunal califique la atenuante, por lo que finalmente pide se aplique la pena de presidio mayor en su grado mínimo, no resultando en consecuencia aplicable para los acusados ningún beneficio de la ley 18.216. **2.-** José Ralil Muñoz. La defensa de este acusado manifiesta que al momento de la determinación de la pena le favorecen a su defendido las atenuantes del 11 Nº6 y 11 Nº7 del Código Penal. En cuanto a la irreprochable conducta anterior, se remite como antecedente a las convenciones probatorias. Respecto de la minorante de reparar con celo el mal causado, señala que debe considerarse que esta consignación representó un alto sacrificio para el grupo familiar, según lo informó además la perito Ana Cifuentes Vera, puesto que el grupo familiar tiene un ingreso de $160.000. En consecuencia, la familia tuvo que hacer un alto sacrificio; debiendo tener presente el tribunal la oportunidad en que se hizo, el celo con que se hizo y las necesidades en que se encontraba la familia y asimismo la extensión del mal producido. Acotando que José

Alejandro Ralil Muñoz no sustrajo ningún bien, por lo que pide se aplique esta atenuante como muy calificada. Añade que no comparte el criterio el Ministerio Público en cuanto a que solo debe existir una atenuante para aplicar el artículo 68 bis del Código Penal, ya que ese no es el sentido para la aplicación de dicha norma. Finalmente en la audiencia de determinación de la pena, intentó, aunque al Tribunal no le quedó lo suficientemente claro, alegar la atenuante del artículo 11 Nº9 del Código Penal en el sentido que para acogerla no hay que estarse al momento de la colaboración, sino a los efectos que esa colaboración produce. Situación que al parecer su defendido habría realizado, por lo que pide finalmente que se aplique a su defendido la pena de presidio menor en su grado máximo y teniendo en cuenta las convenciones probatorias, la declaración de la perito Ana Cifuentes Vera se le conceda el beneficio de la libertad vigilada. **3.-** Felipe Roa Muñoz. Quien manifiesta que no comparte el criterio del Ministerio Público respecto de aplicar el artículo 68 bis del Código Penal, ya que en este caso efectivamente al quedar una sola atenuante puede calificarse esta, según por lo demás criterio de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas. Alega a favor de su representado la atenuante del artículo 11 Nº1 en relación con el artículo 10 Nº1 del Código Penal, puesto que la Fiscalía no rebate que Felipe Roa Muñoz se encontraba en un estado de alteración el día de los hechos, en todo caso esto está ratificado por las declaraciones de los testigos Sebastián Gatica, Yohana Vera y Adrián Jofré, quienes manifestaron que el día de los hechos estaba bebido. Acota que lo que hay que distinguir es cuando se produce la intención criminal; si una persona lo hace antes de embriagarse o lo realiza después que ya se encuentra en ese estado. En este juicio su defendido habría tenido esa intención una vez estando bebido, por lo que en consecuencia no discutiendo la voluntariedad la Fiscalía, procede a acoger esta atenuante. Pide además se acoja la atenuante del artículo 11 Nº6 del Código Penal, la que está acreditada por los dos testigos que declararon en la audiencia, Gatica y Vera y las convenciones probatorias. Agrega que concurre también a favor de su defendido la atenuante del artículo 11 Nº7 del Código Penal, debiendo tenerse presente que se hicieron depósitos por un total de cien mil pesos por una persona privada de libertad. La que debe ser considerada como muy calificada. Asimismo pide que se acoja la atenuante del artículo 11 Nº9 del citado código, puesto que su defendido Felipe Roa ha colaborado de manera sustancial en la investigación, ya que es allí donde se debe colaborar y no en el juicio, puesto que su defendido accedió a declarar que había ingresado al inmueble de calle Fagnano, de no ser así, nadie podría haber determinado ese hecho, ya que Pablo Fonseca Prado no pudo hacerlo, puesto que falleció. Además su defendido reconoció que estaba al interior del inmueble. Finalmente pide que también se aplique la atenuante especial del artículo 456 del Código Penal. Ello debido a que la devolución de la especie se realizó con entera libertad. Pues el imputado Jofré la podría haber dejado o bien podría haber arrancado con ella, teniendo presente que el cabo Fonseca Prado se encontraba en esos momentos forcejeando con Ralil y Roa y Adrián Jofré dejó la mochila estando en otra posición distante del forcejeo. En consecuencia en su concepto procede aplicar la pena de presidio menor en su grado mínimo, reiterando que el artículo 450 es inconstitucional, que constituye una ley penal en blanco, que se violan los artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política Nº 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.

DECIMOQUINTO: Análisis de las atenuantes. En cuanto a lo alegado por la defensa del acusado José Alejandro Ralil Muñoz. **a).- Irreprochable conducta anterior**; que en convicción de este Tribunal y de acuerdo a lo manifestado por el Ministerio Público, en cuanto propuso esta atenuante en su acusación y la mantuvo durante el desarrollo de las audiencias de juicio oral y de determinación de la pena y además el hecho acordado en las convenciones probatorias en el punto número uno en cuanto a que el Imputado José Ralil Muñoz no registra anotaciones prontuariales a la fecha en su extracto de filiación y antecedentes, producen convicción en el Tribunal en cuanto ha tenido una irreprochable conducta anterior. **b)**.- **Procurar con celo reparar el mal causad;** que de la misma forma, este Tribunal acogerá esta minorante por cuanto el Ministerio Público en la audiencia de determinación de la pena no se ha opuesto a ella y además al hecho acordado en las convenciones probatorias en el punto número dos reepcto a que el imputado entre el 14 de marzo y el 4 de junio del año en curso

depositó en la cuenta corriente del Juzgado de Garantía la suma de $40.000.- en cuatro depósitos distintos, depósitos que hizo con la ayuda de su familia, lo que revela que el imputado no tenía una buena situación económica y además estaba privado de su libertad, por lo que revela una intención personal de reparar el daño causado por la comisión del delito motivo del juicio. Propósito subjetivo que constituye el fundamento principal que ha tenido presente el legislador para establecer esta atenuante. En cuanto a la petición de que esta atenuante se tenga muy calificada según lo previsto en el artículo 68 bis del Código Penal, dicha petición será rechazada toda vez que durante el juicio no se ha apreciado un propósito superior, sobresaliente que haya de concluir en la calificación pretendida, puesto que se trata de depósito efectuados entre el 14 de marzo y el 4 de junio, espacios de tiempo con largueza posteriores a la fecha de la comisión del delito motivo del juicio oral. Además no se ha apreciado por parte del acusado intención superior al común o normal en esta clase de circunstancia. En relación a la atenuante del artículo 11 Nº9 la defensa de José Ralil no dio argumentos suficientes de la forma en que su acusado habría colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, por lo que derechamente no la acogerá. **2.- Roa Muñoz. a).- Irreprochable conducta anterior;** en convicción de este Tribunal, procede acoger la irreprochable conducta anterior, por cuanto el Ministerio Público durante el juicio y durante la audiencia de determinación de la pena no se ha opuesto, lo que se ve corroborado además en las convenciones probatorias de Felipe Roa Muñoz, en el punto número uno, en cuanto el imputado no registra a la fecha anotaciones prontuariales.Lo anterior también se fundamenta en las declaraciones prestadas durante el desarrollo de la audiencia por Sebastián Gatica Haro y Yohana Vera Aguilar en cuanto Felipe Roa es una buena persona, responsable y respetuoso. **b)**.- **Procurar con celo reparar mal causado;** esta atenuante también la acogerá el Tribunal, puesto que el Ministerio Público así lo ha solicitado en su acusación y en las audiencias de desarrollo de juicio oral y de determinación de la pena, lo que además se corrobora por las convenciones probatorias de Felipe Roa Muñoz en el punto número dos; ya que entre el 18 de febrero y el 6 de marzo, depositó en la cuenta corriente del Juzgado de Garantía causa rol 92-2003, la suma de $100.000.- en cuatro depósitos. Y para este efecto el Tribunal estará a lo expresado respecto del imputado Ralil Muñoz, la que tampoco se tendrá como muy calificada, reproduciendo los argumentos antes citados. **c)atenuante artículo 11 Nº9 del Código Penal** El tribunal tampoco acogerá la atenuante del artículo 11 Nº9 del código penal, ello porque esta atenuante dice relación en primer lugar con la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos y no como lo manifiesta la defensa con el esclarecimiento de la investigación. El Ministerio Público formalizó y acusó por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado y sobre esa colaboración sustancial Felipe Roa no ha hecho aporte alguno que pueda indicar que ayudó al esclarecimiento de los hechos; en este caso del delito de robo. Ello por cuanto no obstante haber declarado ante el Ministerio Público el 18 de enero de 2003 y luego en abril de 2003, lo hizo respecto al hecho que ingreso a la hospedería de Carabineros ubicada en Fagnano 535 como lo ha manifestado la defensa, pero no sobre algún antecedente que permita dilucidar el ilícito por el cual fue acusado. Luego no es ese el espíritu establecido en dicha atenuante por le legislador. **a).-En cuanto a la regla especial de aplicación de penal del artículo 456 del Código Penal.** Tampoco el tribunal accederá a la aplicación de esta circunstancia modificatoria, puesto que durante la audiencia de desarrollo de juicio oral a través de la declaración de Adrián Jofré Concha y de lo manifestado por los testigos que declararon en el juicio César Escobar Fernández, Neftalí Mendoza Ávila y Héctor Fuentes Meriño, no hubo una devolución voluntaria de la cosa robada, sino que Adrián Jofré al verse sorprendido por el cabo Fonseca, huyó de la casa junto a los dos acusados. Además tal como lo ha manifestado el Ministerio Público, la entrega, la devolución debe hacerse producto de un arrepentimiento, no por desesperación ni coaccionado por las circunstancias o hechos del momento; y en convicción del Tribunal, la especie mueble fue dejada en el inmueble no por decisión voluntaria, sino porque las personas fueron sorprendidas robando en el inmueble de calle Fagnano. e).- **En cuanto a la atenuante del artículo 11 Nº1 en relación al artículo 10 Nº 1 del Código Penal;** El Tribunal no acogerá dicha atenuante. Ello porque como lo ha manifestado el Ministerio Público, la causal del artículo 10 Nº1 del Código Penal se

refiere a aquellas situaciones en que una persona se halle privada de razón por una causa independiente de su voluntad. Que tal como lo han expuesto las defensas y los testigos Sebastián Gatica y Yohana Vera, Felipe Roa se encontraba en estado de ebriedad; pero ese estado según lo han manifestado por las defensas y los testigos antes señalados, fue realizado a través de acto voluntario; por lo que en un primera reflexión es claro que el legislador no estableció la atenuante del artículo 11 Nº1 en relación al artículo 10 Nº1 del Código Penal, para este tipo de situaciones, por lo demás así lo reconoce unánimemente la jurisprudencia. En segundo lugar, de seguirse el criterio manifestado por la defensa en cuanto a que la intención criminal de entrar a robar se habría manifestado con posterioridad al estado de ebriedad, se llegaría al absurdo que cualquier persona que en forma voluntaria, como ha sucedido en la especie, estando en ese estado, para eximirse responsabilidad, alegaría que se encontraba con su conciencia alterada, por lo que su intención no era cometer un determinado ilícito. El punto es que la ebriedad, tal como lo manifestó además Adrián Jofré Concha, los testigos Sebastián Gatica y Yohana Vera, fue un acto voluntario de los acusados, en este caso Felipe Roa, no pudiendo esgrimirse tal argumento para acoger dicha atenuante.

DECIMOSEXTO: Agravante. Que la defensa de Felipe Roa Muñoz manifestó que no es aplicable la circunstancia agravante del artículo 456 bis Nº3 del Código Penal, ello porque no puede aplicarse con un criterio aritmético. Por cuanto existen razones históricas como es la ley 11.625 de 1954, la que fue creada para otro tipo de situaciones, principalmente actuar sobre seguro, contra niños, auxiliados por otra gente. Añade que no sirvió de nada a los acusados su número, nadie estuvo de "sapo" y lo cierto es que se trató de un grupo de ebrios que ingresaron al domicilio con un fin lúdico.

A juicio de este Tribunal no comparte los argumentos de la defensa y acogerá la agravante del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal, esto es ser dos o más los malhechores, Solicitada por el Ministerio Público. Ello por lo siguientes fundamentos: **1.**- Quedó establecido en el juicio que ambos acusados intervinieron en calidad de coautores en el delito por el cual fueron objeto de acusación, como se desprende del motivo quinto y decimotercero. En consecuencia la agravante en estudio se aplica a este delito y no a otro. Ello, pues si la ley hubiese querido referirse a la habitualidad en el delito, consideraría este elemento, para agravar la pena a través de la reincidencia o la reiteración y no por medio de esta circunstancia modificatoria de responsabilidad penal. **2.-**La razón de ser de esta agravante es el debilitamiento de la defensa privada, el aumento de peligro que corren las víctimas y la mayor seguridad con que actúan los delincuentes. Es decir estos factores se dan cuando hay multiplicidad de partícipes que concurren materialmente en el momento y lugar del delito (Etcheberry, tomo III, Derecho Penal, parte especial, página 365 Editorial Jurídica, Santiago 1999; En igual sentido Mario Garrido Montt, Derecho Penal, parte especial, Tomo IV página 263 y 264 Editorial Jurídica, Santiago 2003) **3.-** Es decir la agravante debe aplicarse cuando es más de una persona quien concurre materialmente al momento de la ocurrencia del ilícito, siendo irrelevante si estos sujetos han cometido o no delitos con anterioridad.

DECIMOSEPTIMO: Determinación de la pena. Que al momento de determinar la sanción aplicable se tendrá presente lo siguiente:

1.-La pena asignada al delito es un grado de una divisible, esto es, la de presidio mayor en su grado mínimo. Por lo que debe estarse a lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal.

2.-Tratándose de un delito en grado de frustrado, en este caso, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 450 inciso primero del Código Penal debe castigarse como consumado.

3.-Concurriendo en la especie para cada imputado dos atenuantes, y perjudicándoles una agravante, y realizando la compensación racional que establece la ley, queda a favor de los acusados una atenuante, debiendo el Tribunal, aplicar la pena en su mínimum.

Por estas consideraciones y lo dispuesto además en los artículos 1, 7, 10 Nº1, 11 Nº1, 11 Nº6, 7 y 9, 14 N°1, 15 N°1, 18, 21, 24, 25, 26, 28, 31, 50, 55, 67, 432, 440 Nº 1, 450 inciso1º y 456 bis Nº 3 del Código Penal; y artículos 1, 3, 45, 46, 47, 275, 295, 296, 297, 314, 325 y siguientes 339 al 346, 348 y 468 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA**:

1.- Que se condena al acusado **JOSE ALEJANDRO RALIL MUÑOZ ,** Cédula de Identidad N° 15.581.918-9 ya individualizado, en calidad de co-autor del delito de robo con fuerza en las cosas

en lugar habitado, en grado de frustrado, cometido con fecha 18 de enero de 2.003 en esta ciudad , en perjuicio de Pablo Andrés Fonseca Prado a la pena de **CINCO AÑOS Y UN DIA** de Presidio Mayor en su Grado Mínimo, 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.-

2.-Que se condena al acusado **FELIPE IGNACIO ROA MUÑOZ ,** Cédula de Identidad N° 15.308.363-0 ya individualizado, en calidad de coautor del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, en grado de frustrado, cometido con fecha 18 de enero de 2.003 en esta ciudad, en perjuicio Pablo Andrés Fonseca Prado a la pena de **CINCO AÑOS Y UN DIA** de Presidio Mayor en su Grado Mínimo, 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.-

3.-Que la pena corporal impuesta a los sentenciados Ralil Muñoz y Roa Muñoz se empezará a contar desde el día 18 de enero de 2.003, fecha desde la cual los sentenciados según auto apertura de juicio oral de fecha 5 de junio de 2003 se encuentran ininterrumpidamente privados de libertad.-

4.-Que atendida la extensión de la pena impuesta a los sentenciados Ralil Muñoz y Roa Muñoz no se concede a éstos beneficio alguno de aquellos establecidos por la ley 18.216.-

5.- Que atendido lo dispuesto en el artículo 49 del Código Procesal Penal, las costas serán pagadas por mitades por cada uno de los sentenciados.

Ejecutoriada la presente sentencia dese cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Procesal Penal, oficiándose a la Contraloría General de la República, Servicio de Registro Civil e Identificación y al Centro de Cumplimiento Penitenciario de la ciudad de Punta Arenas a quien se le deberá adjuntar copia de esta sentencia con el atestado de encontrarse ejecutoriada.

Redactada por el Juez don Álvaro Mesa Latorre.-

Devuélvase en su oportunidad al Ministerio Público y a las Defensas la prueba pericial, documental y evidencia material incorporada al Juicio.

Regístrese, comuníquese en su oportunidad al Juzgado de Garantía de Punta Arenas para su cumplimiento, hecho archívese.

R. U .C. : 030009016-5
R. I. T. : **10-2003**
CODIGO : 00809

Pronunciada por los Jueces Titulares de la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, José Octavio Flores Vásquez, Álvaro Mesa Latorre y Gonzalo Rojas Monje.-

Santiago, quince de septiembre de dos mil tres.

Vistos :

En estos antecedentes Rol Único 0300009016-5, RIT 10/2003, del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, por delito de robo con fuerza en lugar habitado, seguido en contra de José Alejandro Ralil Muñoz y Felipe Ignacio Roa Muñoz, el mencionado tribunal, por sentencia de veinticinco de junio de dos mil tres los condenó como autores de tal ilícito, en grado de frustrado a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias pertinentes y costas de la causa.

En contra de la referida sentencia, la Defensoría Penal Pública de esa ciudad, actuando por Ralil y el defensor particular, quién lo hizo por Roa, dedujeron recursos de nulidad con la finalidad de invalidar el juicio y la sentencia, invocando la defensa del primero de ellos las causales de los artículos 373 letra a), 373 letra b) y 374 letra c) del Código Procesal Penal, interpuestas de manera conjunta.

Por su parte la defensa de Roa Muñoz, lo fundó en las del artículo 373 letra a) y 374 letra d) del Código Procesal Penal y 373 letra b) del Código Procesal Penal, en carácter de subsidiarias.

Habiéndose concedido los recursos y estimándose admisibles por esta Corte Suprema se dispuso su inclusión en la tabla para el día veintiséis de agosto pasado. En la audiencia respectiva, realizada para ello, se desarrolló la vista de la causa, con la concurrencia y alegatos del abogado de la Defensoría Penal Pública, quién también asumió la del encausado que lo hacía a través de defensor particular, disponiendo el Presidente de la Sala la

citación para la lectura de fallo, la que se fijó para el día 15 de septiembre en curso.

Considerando :

En lo que respecta al recurso de José Ralil Muñoz.

Primero: Que el primer aspecto del recurso se centra en la violación a la igualdad ante la ley y la justicia, las bases del debido proceso y principio de legalidad, derecho a la defensa y el respeto a los derechos en su esencia que para los efectos del libelo, los divide en vulneración a las garantías constitucionales contenidas en la ley de fondo y vulneración de garantías contenidas en el juicio oral y en la dictación de la sentencia.

En cuanto al primer fundamento de nulidad, el conflicto se centra en la aplicación del articulo 450 inciso 1 del Código Penal, que a juicio del recurrente transgrede la Constitución y los Tratados Internacionales que establecen y protegen derechos esenciales garantidos por la Carta Fundamental en la medida que tal disposición atenta contra el principio de tipicidad, vulnera la igualdad ante la ley, afecta en su esencia el derecho del imputado a ser sancionado con la pena que realmente ha establecido la ley para su conducta, las bases del debido proceso, el principio de inocencia y constituye una verdadera presunción de derecho de responsabilidad penal ello porque constituye una ficción legal para agravar la sanción de una conducta que en los hechos no ha tenido el grado de desarrollo que le atribuye la ley. En este aspecto entiende se incumple la norma del articulo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según la cual es deber de los estados parte adecuar sus normas de derecho interno para garantizar el pleno respeto de las garantías individuales esenciales. A su vez afecta la racionalidad y justicia del proceso pues se altera la culpabilidad del sujeto incriminado y desaparece la proporcionalidad que debe existir entre la acción ejecutada por aquel y al pena que se le debe aplicar pues se turba la realidad de las cosas con el solo objeto de imponer una sanción mayor distorsionando el sistema de determinación normativo de la pena, modificando factores esenciales como la culpabilidad, la racionalidad y justicia del proceso.

También se afecta el principio de tipicidad y de la culpabilidad pues estima que la penalidad se refiere a los tipos consumados, sin embargo aquí se impone igual pena para los que han tenido un menor grado de desarrollo, dejándose de aplicar la reglamentación normativa objetiva de la pena referida al iter criminis.y se altera la culpabilidad pues debe existir correspondencia entre la pena y la extensión y gravedad del ilícito, con lo cual se presume la responsabilidad penal.

A su vez alega como infringido el artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política de la República, referida a la garantía de igualdad ante la ley, pues el legislador derogó la determinación normativa de la entidad de la pena. Finalmente en este mismo aspecto, se enlaza con el Nº del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica y 19 Nº 3 inciso 7 de igual cuerpo legal, en cuanto al principio de tipicidad y de la prohibición de afectar los derechos en su esencia, en la medida que afecta la garantía en orden a que el delito no puede ser sancionado sino con una pena que sea proporcional a las características y circunstancias del hecho, de forma que al imponer una penalidad agravada se vulnera en su esencia el derecho ya referido.

Por último sostiene que se infringe la garantía del debido proceso del artículo 19 Nº 3, inciso 5de la Constitución Política de la Republica, al estimar que no es racional ni justo condenar fundado en hechos que no están fehacientemente acreditados e imponer una penalidad mas gravosa sobre la base de una norma que contraría una serie de garantías constitucionales y cuya vigencia ha sido puesta en duda.

En un segundo aspecto atribuye vulneración a garantías constitucionales tanto en el proceso como en la dictación de la sentencia. en relación con artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política de la República, relativas al debido proceso y derecho a defensa. La hace consistir en la negativa a debatir en la audiencia de determinación de la pena acerca de la procedencia de aplicar la agravante de pluralidad de malhechores, sosteniendo que nunca se discutió pues para la defensa era incompatible con la teoría del caso, por lo que, comunicada la decisión de la condena, era la única oportunidad procesal para debatirla. También la plantea como causal del 374 letra c), vicio del cual reclamó para los efectos de la preparación.

A su vez invoca la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal en relación con los artículos 15 Nº 1, 432, 440 Nº 1 y 456 bis del Código Penal. En este punto cuestiona la existencia del tipo penal de robo y sostiene que no es posible, con las probanzas rendidas por la Fiscalía concluir, mas allá de toda duda razonable la existencia del

hecho típico por el cual se acusó, a la postre sustenta que no se probó apropiación ni que Ralil tomara parte en forma inmediata y directa en la acción realizada por un tercero, exigencia para la coautoría y que sólo hubo violación de domicilio pues no se probó conducta apropiatoria ya que ésta la realizó un tercero que fue condenado en procedimiento abreviado y que conforme a lo mismo, tampoco pudo existir frustración ni hubo desarrollado del curso causal que exige la norma y por tanto debió recalificarse conforme al artículo 144 del Código Penal. Además propone que el artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal, es improcedente en los delitos frustrados y en las tentativas, por aplicación del artículo 50 inciso 2 del Código Penal, en relación con el artículo 456 bis Nº 3 de igual texto, y que la misma modificatoria de responsabilidad tampoco pudo considerarse en la medida que el delito no se cometió por malhechores.

Finalmente alega la causal del artículo 374 letra b) del Código Procesal Penal, aduciendo vulneración a las normas reguladoras de la prueba, sobre la base de sostener se hizo una errónea valoración de las probanzas lo cual ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia y en este aspecto se cuestiona que los testigos que depusieron son indirectos, carecen de imparcialidad porque están relacionados con la institución de Carabineros y el inmueble en que ocurrieron los hechos pertenece a dicha institución y que el otro testigo que fue coimputado, por dicha razón es parcial, y en consecuencia está viciando su testimonio, sin que los sentenciadores hayan considerado estas relevantes circunstancias, incurriendo en error en la ponderación que efectuaron.

Por último, el recurso por esta causal, reclama además la infracción al principio de congruencia del 341 del Código Procesal Penal, en la formalización, investigación, acusación presentada y sentencia condenatoria.

Los fundamentos de esta alegación se refieren al hecho que, se señaló por sentencia que el autor del robo es Adrián Jofré, quién reconoció participación solo, sin tener certeza si los otros advirtieron su maniobra por lo que no es coherente que se sostenga otra acusación respecto de dos personas pero por distintos hechos.

Pide en consecuencia la anulación del juicio oral y de la sentencia, o en subsidio se anule sólo la sentencia y se le absuelva o en subsidio se le condene como autor de violación de morada y en el evento que no se altere la calificación del delito se rebaje la pena conforme a la etapa de desarrollo del delito y no se aplique la agravante del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal.

Segundo: Que a su vez la defensa del imputado Felipe Roa Muñoz ha invocado la causal del artículo 373 letra a) y 374 letra d) del Código Procesal Penal, encaminada a sostener la violación de la garantía del 19 Nº 3 de la Constitución Política de la República, en cuanto a la legalidad del proceso, que hace consistir en haberse obligado al testigo a leer su propia declaración, no obstante el artículo 332 del Código Procesal Penal, refiere que se podrá leer y además lo limita en su oportunidad ya que sólo permite leer al final de la declaración, y en el interrogatorio del menor Sebastián Gatica no se dio cumplimiento al artículo 310 del Código Procesal Penal, en su interrogatorio quién dado su menor de edad, solo pudo ser interrogado por el Presidente de la Sala y pese a ello se vio contrariado por las preguntas de la Fiscalía lo que influyó en su declaración.

También arguye la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, argumentando que no se demostró que la especie sustraída fuere ajena, al no probarse que la que portaba Jofré lo fuera, pues no existe mención al dominio de la especie.

Subsidiariamente interpone la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, referida al iter críminis y al reclamo que el artículo 450 del Código Penal, es inconstitucional, está tácitamente derogado `por normas constitucionales e internacionales, vulnera el principio de legalidad o reserva penal y se encuentra en pugna con la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (artículo 9º) así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15) vinculantes para los Tribunales chilenos. También cuestiona la sentencia sosteniendo la improcedencia de la agravante del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal, como también su impertinencia en cuanto a los delitos frustrados y la omisión de las atenuantes del artículo 11 Nº 1 y 11 Nº 9 de l Código Penal. Insta en el primer caso por la nulidad del juicio oral y de la sentencia y en el segundo por la nulidad de la sentencia.

Recurso de Nulidad del imputado Ralil Muñoz.

Causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

Tercero: Que como se adelantó precedentemente el recurrente impugna la sentencia puesto que en su dictación, según alude, se vulneran los artículos 19 Nº 3 inciso 1y artículos 5 y 6de la Constitución Política de la República, 19 Nº 3 inciso 5 y 19 Nº 26 en relación con el Nº 3 incisos 5 y 6 de la Carta Fundamental, relativos a la igualdad ante la ley alteración de la proporcionalidad entre el hecho perpetrado y la pena, imponer una pena distinta a la establecida en la ley, infringir el principio de legalidad, pérdida de racionalidad y justicia en el procedimiento y la sentencia, vulnerar la garantía de prohibición de afectar los derechos en su esencia y el principio de determinación objetiva de la pena y el de no sancionar con una pena distinta a la establecida en la ley, trasgresión del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto es deber del Estado adecuar su legislación a ellos afectación del sistema de determinación normativa de la pena, del principio de tipicidad y culpabilidad del encartado, todos referidos a la aplicación del artículo 450 del Código Penal

Cuarto: Que el primer cargo que se hace a la sentencia dice relación con el hecho que la sentencia, al aplicar el artículo 450 del Código Penal, vulnera la igualdad ante la ley al alterar la proporcionalidad entre el hecho perpetrado y la pena.

Quinto: Que el principio de la igualdad ante la ley, supone la premisa, de dar a cada cual lo que corresponde lo igual para los iguales y lo desigual para los desiguales, de manera que la forma establecida por el legislador de sancionar el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación como consumado desde que se encuentra en estado de tentativa, no puede significar una trasgresión a este principio, toda vez que del mismo sólo se desprende que las situaciones iguales serán sancionadas de la misma manera.

Sexto: Que un segundo aspecto relativo a la aplicación de esta misma norma es alegada sobre la base de sostener que se sanciona con una pena distinta a la establecida en la ley.

Huelga decir que en lo referente a este punto, el artículo 450 del Código Penal, contiene una regla especial sobre la pena que ha de imponerse al autor en los casos de frustración del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias, la cual ha de ser en tal situación igual a la del hecho consumado. De esta forma entonces la alegación carece de sustento en la medida que precisamente el legislador a establecido la pena respecto de este delito imperfecto y la aplicación de otra sanción llevaría a configurar la trasgresión a los principios alegados, argumentación que sirve también para desvirtuar el otro reclamo en cuanto a la vulneración al principio de la legalidad, acotando esto si su alcance en torno a que este simplemente presupone la existencia de una pena establecida con anterioridad a la comisión del hecho que lo motiva, y sin que los cuestionamientos referidos a la pérdida de racionalidad y justicia, sean procedentes toda vez que la racionalidad está dada por los estándares que debe contener la sentencia en cuanto a provenir de una situación razonada y la justicia por los principios que la sociedad se da respecto a las sanciones en cuanto a los ilícitos y las penas que el legislador establece con los objetivos precisos de política criminal de prevención o de represión que se persiguen con los delitos y las penas.

Séptimo: Que un tercer aspecto sobre esta misma alegación se refiere a la vulneración de la garantía de prohibición de afectar los derechos en su esencia, el principio de determinación objetiva de la pena y el principio de no sancionar con una pena distinta a la establecida en la ley, y estima que el artículo 450 del Código Penal los afecta en su esencia.

Octavo: Que, la prohibición a la que alude el compareciente, como principio, importa no transgredir las garantías que se contemplan en la Carta Fundamental, en orden a los fundamentos o bases rectores que ilustran el sistema, sin embargo no es posible sostener que la disposición que se cuestiona, afecte por una parte la determinación objetiva de la pena, ni tampoco se castigue con una distinta a la establecida en la ley, ya que la regulación de la sanción, se hace en relación a los parámetros contenidos en las disposiciones pertinentes, y en este caso, esa fijación de pena se hace precisamente de la manera que el legislador la ha establecido y en consecuencia, aquella que se impone, más gravosa, es la preceptuada en la ley. Fijarla de manera diferente, es decir, con la rebaja que el legislador previó en los casos de comisión de delitos imperfectos importaría alterar la

consecuencia penal distinta que se previó para este tipo de delitos.

Noveno: Que un cuarto aspecto se relaciona con la infracción al artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto es deber del Estado adecuar su legislación a ellos, y la norma ya referida los contraría.

Décimo: Que la mencionada disposición, contiene, al igual que aquella establecida en el Nº 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, los principios generales que ilustran el sistema, sin que la normativa interna dada en este caso, para sancionar de manera más gravosa el delito de que resulta responsable, presuponga que se afecten tales garantías.

Undécimo: Que un quinto aspecto de estas vulneraciones se refieren a sostener que se afecta también el sistema de determinación normativa de la pena, el principio de tipicidad y culpabilidad del encartado pues aquí por ficción se altera el iter críminis y se aplica sanción agravada.

Duodécimo: Que en torno a ello, se ha sostenido por esta Corte, en reiterados fallos que la tipificación del ilícito se encuentra contenida en los artículos 7en relación con el artículo 432 y 440 Nº 1 del Código Penal, y el artículo 450 del Código Penal, enlazó la definición, prescindiendo de la rebaja de un grado para el delito frustrado, de forma tal que no vulnera el principio de tipicidad, como tampoco los otros a los que alude, puesto que las reducciones de punibilidad en los delitos imperfectos no son aplicables en aquellos casos en los cuales la ley ha querido asociar a la tentativa y al delito frustrado, una consecuencia penal distinta, como sucede específicamente con el artículo 450 inciso 1del Código Penal, en armonía estas conclusiones con una interpretación sistemática de la ley.

Décimo Tercero: Que en un segundo párrafo se expresa un cuestionamiento a la infracción a las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa, sentadas las premisas que se le impidió debatir en la audiencia de la de terminación de la pena acerca de la agravante contenida en el artículo 546 bis Nº 3 del Código Penal, reproche que también se formula por la vía del artículo 374 letra c) del Código Procesal Penal.

Décimo Cuarto: Que el sistema procesal penal referido a la nueva forma de juicio establecido a partir de la dictación de la Ley 19.696, supone un conjunto de presupuestos que deben ser respetados durante la tramitación del mismo, destinados a asegurar la igualdad procesal entre el órgano persecutor y los imputados. Cabe tener en consideración, a este respecto, como primera premisa para resolver el cuestionamiento que se formula a través de esta alegación, que la audiencia de juicio oral se desarrolló hasta su conclusión, quedando la misma en estado de dictarse sentencia.

Décimo Quinto: Que, el Tribunal Oral en lo Penal respectivo, a continuación, conforme lo dispone el artículo 343 del Código Procesal Penal, citó a una audiencia de determinación de la pena, que dentro del contexto general del procedimiento constituye mas bien una audiencia informativa y de recabación de datos destinada a resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad la que dado su carácter es no contravencional o confrontacional. De esta manera entonces no es posible sostener que la circunstancia específica de no haberse oído a la defensa sobre un punto, eminentemente de derecho, es decir, de aquellos que quedan entregados a la facultad propia del juzgador, en orden a la interpretación que debe hacerse del texto legal, pueda, en modo alguno, transgredir disposiciones de índole constitucional, más aún cuando el Tribunal expresó las razones para que ella no se debatiera.

Décimo Sexto: Que finalmente, este vicio al ser formulado de manera diversa en cuanto vulneración de garantías y error formal de la letra c) del artículo 374 del Código Procesal Penal, en el sentido de impedírsele al defensor ejercer las facultades que la ley le otorga, supone una indefinición en cuanto a la certeza de la causal, pues en definitiva cualquier eventual vicio que presente la sentencia, siempre podrá encausarse por la vía de sostener la violación a una garantía constitucional, ya que éstas representan los principios que ilustran las diversas instituciones procesales, lo cual supone desvirtuar el sentido de la causal que demanda la intervención de este Tribunal.

En cuanto a la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

Décimo Séptimo: Que siendo el recurso de nulidad, de derecho estricto, los errores que a este respecto se denuncian se circunscriben a sostener que se habrían infringido las disposiciones que establecen el tipo penal y la autoría, unidos a aquellos que configuran la agravante de pluralidad de malhechores.

Décimo Octavo: Que el primer punto de impugnación se refiere al cuestionamiento del tipo penal y la participación que se le ha atribuido a Ralil, entendiendo infringidos los artículos 15 Nº 1, 432, 440 Nº 1 y 456 bis del Código Penal.

Décimo Noveno: Que los jueces del tribunal oral, dejaron establecidos, como hechos de la causa, que los imputados junto a esta otra persona, es decir, aquella que fue juzgada en el procedimiento abreviado, resolvieron, al pasar frente al inmueble signado con el Nº 535 de calle Fagnano, ingresar a dicha propiedad con el objeto de robar. José Ralil Muñoz y Felipe Roa Muñoz, junto al otro sujeto, procedieron a ingresar al antejardín de esta casa, saltando un muro de concreto color blanco que existe en su límite exterior; una vez dentro de la propiedad, se dirigieron hacia el patio posterior del mismo, lugar en el que encontraron una de las ventanas de la casa abierta, procediendo los tres sujetos a ingresar por esa vía. Luego de ingresar a la casa, José Ralil Muñoz, Felipe Roa y Adrián Jofré pasaron a una de las piezas y, desde allí, intentaron sustraer alguna especie, además de un bolso negro que retiró Jofré desde allí mismo. Luego que Adrián Jofré se retiró hacia el sector del pasillo de la casa, portando la mochila o bolso que había sacado de la pieza, los acusados se vieron sorprendidos por uno de los habitantes de la casa que, justamente en esos momentos dormía en dicha habitación, por lo cual huyeron por la ventana que existe en la cocina de dicho inmueble, se apropiaron de cosa mueble ajena y se dirigieron hacia el sur poniente de la ciudad.

Vigésimo: Que, los errores de derecho imputados a la sentencia, consistentes en la infracción al artículo 15 Nº 1, 432 y 440 Nº 1 del Código Penal, éstos se relacionan directamente con situaciones fácticas destinadas a establecer tanto el delito como la participación de los imputados en los hechos que se les atribuyen. En este aspecto, los jueces del fondo dejaron establecidas circunstancias fácticas que están en estrecha concordancia con el delito que se tiene por establecido y con la participación que al recurrente le ha correspondido en el ilícito del que resultó responsable, los que, por esta vía, no puedan alterarse, siendo los aspectos alegados relacionados directamente con la valoración de la prueba rendida, sin que se hayan atacado las disposiciones que llevaron a su establecimiento, lo que determina que no se han producido las infracciones de ley denunciadas en su libelo.

Vigésimo Primero: Que, en relación con la materia tocada en el segundo punto, es decir, error de derecho en la aplicación del artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal, referido a que no es procedente la aplicación aritmética de tal agravante y que malhechor es aquel que ha delinquido, baste señalar que, como en reiteradas sentencias se ha sostenido por este Tribunal, la voz malhechores se circunscribe a la expresión el que mal hace, y no se determina por situaciones de hecho que importen la presencia de sujetos con antecedentes penales pretéritos, por lo que tampoco existe en este aspecto infracción de ley en los términos que lo preceptúa la causal esgrimida, lo cual no supone una aplicación aritmética de la disposición como lo alude el recurrente, sino que la interpretación que de ella hacen los sentenciadores, a la luz de la historia fidedigna de la misma.

Causal del artículo 374 letra b) del Código Procesal Penal.

Vigésimo Segundo: Que esta causal establece que constituye motivo absoluto de nulidad Cuando la audiencia de juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exige, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286, y bajo el amparo de ella se alega, la errónea e incompleta apreciación de la prueba en la que se sustenta el fallo y se hace consistir en la ausencia de imparcialidad del testigo de cargos, pues ha recibido beneficios de ser juzgado de manera separada e imponiéndole una sanción mas benigna pese a ser ejecutor de conductas más cercanas y, en cuanto a los otros testigos (Carabineros), también se les atribuye falta de imparcialidad, por ser la afectada la institución de Carabineros, circunstancia no considerada por el Tribunal.

Vigésimo Tercero: Que tales alegaciones, dado el tenor de las mismas, no guardan correspondencia con la causal que se hace valer, lo cual conduce indefectiblemente a su rechazo.

Vigésimo Cuarto: Que sin embargo, y haciéndose cargo de los cuestionamientos que en este aspecto se formula a la sentencia, las infracciones que se desarrollan se refieren a apreciaciones subjetivas, carentes de un sustento lógico. En efecto, al fundar esta alegación el recurrente invoca una falta de imparcialidad, en un primer aspecto, referida a que el testigo recibió beneficios y ello, a su vez, lo liga a la circunstancia que, como ejecutor más cercano, es sancionado con una pena menor. En cuanto a

ello, no se logra relacionar uno y otro razonamiento, en la medida que la falta de imparcialidad que invoca parece estar referida a la forma que se reguló la pena en otro procedimiento, mas en ningún caso se advierte la manera en que ella se ha producido al sostenerlo de manera vaga e imprecisa. En un segundo aspecto, cuestiona la falta de imparcialidad de los Carabineros pues la afectada es la misma institución.

De seguirse este razonamiento, se llegaría al absurdo de sostener que los delitos cometidos en contra de Carabineros, en recintos de su dependencia no podrían llegar a sancionarse sobre la base de restarle valor a los dichos de quienes, teniendo ese carácter, intervienen en su establecimiento. Que en todo caso, las observaciones efectuadas por la defensa, al igual que en lo relativo al aspecto anterior carece de certeza, precisión y sólo se refieren a apreciaciones y no hechos determinados que conduzcan a su establecimiento y que debieron además estar asentados en la causa.

Vigésimo Quinto: Que por último, el recurso reclama un último aspecto, en cuanto a la vulneración del principio de congruencia del 341 del Código Procesal Penal, en la formalización, investigación, acusación presentada y sentencia condenatoria. Los fundamentos de esta alegación se refieren al hecho que, por sentencia condenatoria, se señaló que el autor del robo es Adrián Jofré, quién reconoció participación solo, sin tener certeza si los otros advirtieron su maniobra, por lo que no resulta coherente que se sostenga otra acusación respecto de dos personas pero por distintos hechos.

Vigésimo Sexto: Que, en torno a tal cuestionamiento, el principio de la congruencia que ilustra el proceso penal, supone una correspondencia entre los hechos de la acusación y la sentencia que se dicta al respecto, y no la falta de congruencia entre hechos asentados en otro procedimiento, respecto a un tercero, y la sentencia que le atribuye responsabilidad a los imputados en ésta, mas aún cuando, no es posible desconocer el carácter relativo que tienen las sentencias, las que sólo quedan circunscritas a las partes que en ellas han intervenido.

Vigésimo Séptimo: Que, por todos los razonamientos expuestos, sólo procede el rechazo del recurso intentado.

En cuanto al recurso del imputado Felipe Ignacio Roa Muñoz. Causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

Vigésimo Octavo: Que, como ya se adelantó, ella se funda en la vulneración a la garantía del artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política de la República, referido a la legalidad del proceso, relacionadas con la interrupción y coacción a Adrián Jofré, al declarar, en el desarrollo del juicio oral, en carácter de testigo.

Vigésimo Noveno: Que, en lo que a estas alegaciones se refieren, el marco procesal en donde tal testigo depuso fue durante el desarrollo del juicio oral, es decir dentro de un procedimiento establecido previamente en la ley y guardándose las formalidades de rigor, por lo que el sostenimiento de la violación al debido proceso, como garantía sustancial afectada carece de sustento sobre la base de alegaciones de carácter procedimental que tiene que ver con la manera de rendir las pruebas en la causa, y con la forma de interrogar a los testigos o imputados, fundamentos que podrían desarrollarse en el ámbito de una infracción formal pero nunca de la manera se pretende se ha producido.

Causal del artículo 374 letra d) del Código Procesal Penal.

Trigésimo: Que también ha sostenido se ha incurrido en la causal absoluta de nulidad del artículo 374 letra d) del Código Procesal Penal, que hace consistir en la coacción e interrupción de la declaración de Adrián Jofré, alterándose la continuidad de la declaración y del testigo y por ende del juicio.

Trigésimo Primero: Que la causal que intenta establece que el juicio y la sentencia serán siempre anulados cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio.

Trigésimo Segundo: Que las alegaciones que esgrime para sustentar su causal no se condicen con el sentido de esta disposición, que está encaminada a salvaguardar los principios que ilustran el proceso penal en orden al carácter público de las actuaciones que lo conforman y a que se desarrolle sin solución de continuidad, es decir, en un solo acto, en concordancia con el principio de la inmediación. Por lo que atribuir a la interrupción de la declaración del imputado, propia del desarrollo del juicio, y del necesario debate, una circunstancia de nulidad que se encamina hacia

otros estadios, tal como se ha indicado, carece de fundament.

Trigésimo Tercero: Que, por último, cabe señalar que la letra a) del 374 del Código Procesal Penal, que se agrega en el petitorio no se condice con ninguna alegación sostenida en el desarrollo del recurso.

Causal del 373 letra b) del Código Procesal Penal.

Trigésimo Cuarto: Que también alega la causal del 373 letra b) del Código Procesal Penal, en carácter de subsidiario, en cuanto a aspectos destinados a acreditar el delito, referidos a la. ajenidad de la especie.

Trigésimo Quinto: Que este argumento, que se sostiene como errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, no aparece apoyado en ninguna disposición legal supuestamente infringida y que haga procedente la causal que hace valer. Mas aún, ella está referida al ámbito de la apreciación o valoración de la prueba para llegar al establecimiento del hecho que se cuestiona, materia que resulta extraña a la causal que se analiza.

Trigésimo Sexto: Que, a su vez, subsidiariamente, interpone la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en cuanto al iter críminis y la alegación que el artículo 450 del Código Penal, es inconstitucional. Lo funda en que tal norma está derogada tácitamente por las disposiciones constitucionales e internacionales, que la misma no describe lo proscrito, vulnerando el principio de legalidad o reserva. (artículo 19 Nº 3 de la Constitución Política de la República, Pacto de San José de Costa Rica (artículo 9 y Pacto de Derechos Civiles (artículo 15).

Trigésimo Séptimo: Que, en esta materia sólo corresponde decir que aparte de lo señalado al hacerse cargo de los cuestionamientos que se efectuó al artículo ya referido por el recurso anterior, en los precisos aspectos que a este punto se impetran, la inconstitucionalidad de la disposición legal en comento no es materia propia de este recurso, sino que del especial contenido en la Carta Fundamental, en cuanto a restarle valor a tal norma. En lo que se refiere a la vulneración del principio de legalidad o reserva y a la derogación tácita de la misma, baste decir que no existen indicios que la ley 17.727, que la estableció, haya pretendido modificar la norma base que tipifica el delito ni mucho menos derogarla para sustituirla por otra.

Trigésimo Octavo: Que, también se propone que el artículo 456 bis Nº 3 del Código Penal, es improcedente en los delitos frustrados o en las tentativas, por aplicación del artículo 50 inciso 2 del Código Penal, en relación con el artículo 456 bis Nº 3 de igual texto, y que la misma modificatoria de responsabilidad tampoco tiene aplicación toda vez que no se cometió por malhechores, ya que poseen irreprochable conducta anterior, citando en su apoyo la definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que señala que malhechor es el que comete delito, y especialmente que los comete por hábito, teniendo influencia en lo dispositivo toda vez que el tribunal de no mediar la misma pudo haber quedado en condiciones de reducir en un grado la pena, en conformidad a la norma del artículo 67 del Código Penal.

Trigésimo Noveno: Que como ya también se expuso, la acepción malhechor supone, como el propio recurrente lo transcribe en su libelo el que mal hace, sin que tal acepción tenga ninguna connotación mayor que aquella referida a un actuar delictivo.

Cuadragésimo: Que, en lo relativo a que ella sólo se aplica a los delitos consumados, sustentada tal premisa en lo preceptuado en el artículo 50 inciso 2 del Código Penal, en relación con el artículo que establece tal agravante, baste decir que el primero prescribe siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado.

Cuadragésimo Primero: Que tal disposición simplemente fija los parámetros de la sanción para el delito perfecto, sin que esto suponga que excluye de la aplicación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad a los delitos imperfectos, pues la norma no se encamina hacia ello, sino que está dirigida a fijar el marco de interpretación o referencia en cuanto al alcance de la penalidad establecidas para los ilícitos que el Código Punitivo y leyes pertinentes establecen.

Cuadragésimo Segundo: Que, por último, en lo concerniente a las atenuantes del artículo 11 Nº 1 y 11 Nº 9 del Código Penal, que alega infringidos por no aplicación, la primera, basada en el hecho de encontrarse ebrio y la segunda en la premisa que, si él, como también los imputados Jofré y Ralín no hubieren renunciado a su derecho a permanecer callados en la etapa investigativa y no hubieren

accedido a las convenciones probatorias, no habrían sido condenados, son en definitiva supuestos sin base fáctica, toda vez que la ebriedad no es un hecho asentado en la causa y de ser así, no importa una modificatoria de responsabilidad, ya que la ingesta alcohólica supone un acto de voluntariedad, es decir, importa de parte del agente ponerse en una situación de riesgo o de peligro, y la segunda, en torno a la circunstancia del artículo 11 Nº 9 del Código Punitivo, referida a la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos, baste decir que ella es de carácter privativa en cuanto a su valoración, por lo que no es posible en la medida que no exista una correspondencia entre los hechos que se dejaron establecidos y la disposición en comento, sostener la procedencia de tal circunstancia, por lo que tampoco se ha incurrido en infracción de ley de aquellas que prescribe la letra b) del 373 del Código Procesal Penal, en estos aspectos.

Por todas estas razones el recurso en análisis ha de ser rechazado.

Y visto, lo dispuesto en los artículos 358, 360, 372, 376 y 384 del Código Procesal Penal, **SE RECHAZAN** los recursos de nulidad deducidos en representación de los imputados José Alejandro Ralil Muñoz y Felipe Ignacio Roa Muñoz, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo penal de la ciudad de Punta Arenas, transcrita de fojas 20 a 37 de este legajo.

Redacción del Ministro Sr. Alberto Chaigneau del Campo.

Regístrese y devuélvase.

Rol N2758-03.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. Alberto Chaigneau del C., Sr. José Luis Pérez Z., Sr. Adalis Oyarzún M., y los abogados integrantes Sr. Manuel Daniel A. y Sr. Roberto Jacob C.

II. SENTENCIAS COMENTADAS

LA VIDEOCONFERENCIA COMO MECANISMO DE COMPARECENCIA Y LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO.

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Chile
Universidad de Valparaíso

- **Sentencia:**

Santiago, once de agosto de dos mil tres.

Vistos:

En esta causa del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Calama, Rol Único 0200011127-1, Rol Interno del Tribunal 13-2003, por delito de violación, seguida en contra del imputado José Antonio Farías Ortiz, el mencionado tribunal lo condenó, por sentencia de fecha diecisiete de junio de dos mil tres, como autor de dos delitos de violación, ambos en calidad de consumados, en contra de las menores Ángela Robles Robles y Arely Ayala Bravo, cometidos los días veintisiete de enero de dos mil dos y catorce de mayo de dos mil dos, respectivamente, a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, y al pago de las costas de la causa.

En contra de la referida sentencia, el Defensor Penal Público de Calama, dedujo recurso de nulidad con la finalidad de invalidar la sentencia, invocando para ello, conjuntamente, las causales contenidas en los artículos 373, letra a) y 374, letra e) del Código Procesal Penal, fundando la primera en el hecho de que en el procedimiento seguido ante el Tribunal del Juicio Oral se habrían quebrantado derechos o garantías asegurados por la Constitución o por tratados vigentes, en relación con lo dispuesto en el artículo 19 Nº 3 inciso cuarto de la Carta Fundamental, que asegura en todos los casos un procedimiento racional y justo, en razón de que en la tramitación del juicio, el Tribunal Oral aceptó la declaración a través de video conferencia, vulnerando el principio de inmediación, incorporó informes periciales del médico tratante del imputado y, por resolución del Tribunal de Garantía no se permitió obtener una pericia de carácter conclusiva; la segunda, a su vez, la basa en que el fallo recurrido no se hizo cargo en su fundamentación de toda la prueba producida durante la audiencia del juicio oral como lo exige el artículo 297 del Código Procesal Penal, circunstancia que la letra c) del artículo 342 del mismo cuerpo legal considera requisito de validez de una sentencia definitiva, cometiendo omisiones y contradicciones en la consideración y valoración de la prueba pericial médica rendida en juicio, y omitiendo valorar la prueba de las partes en cuanto a la imputabilidad disminuida del condenado y en cuanto a razonar sobre por qué la agravante de responsabilidad penal considerada no forma parte del delito, lo que la ha hecho incurrir en la mencionada causal absoluta de nulidad prevista en la letra e) del artículo 374 de dicho Código.

Habiéndose concedido el recurso reseñado, y estimándose admisible por esta Corte Suprema, se dispuso su inclusión en tabla para el día martes veintidós de julio recién pasado.

En la audiencia respectiva, realizada en el día fijado para ella, se desarrolló la vista de la causa, con la concurrencia y alegatos de los abogados del Ministerio Público y de la Defensoría Fiscal, disponiendo el Presidente de la Sala la citación para la lectura del fallo, la que se fijó para el día once de agosto del año en curso.

Considerando:

1º.- Que, como se ha expresado, el recurso se funda, en primer lugar, en la causal contemplada en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal pues, a su juicio, en la tramitación del proceso se habrían infringido sustancialmente derechos y garantías asegurados por la Constitución Política de la República y tratados vigentes en relación con lo dispuesto en el artículo 19 Nº 3 inciso cuarto de la Carta Fundamental, el cual asegura en todos los casos un procedimiento racional y justo; asimismo, el derecho de toda persona a ser oído públicamente y con las debidas

garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial; el de ser tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad de ser humano y, finalmente, el de que se respete su integridad física, psíquica y moral, establecidos en diversos tratados internacionales que menciona y que se encuentran en vigor. Tales quebrantamientos se habrían producido porlas siguientes razones:

a) La perito psiquiatra Cecilia de la Carrera Doty prestó declaración mediante un sistema de videoconferencia, esto es, valiéndose de un circuito cerrado de televisión, a causa de que habría tenido dificultades para asistir físicamente a la audiencia. Cita, a este respecto, las disposiciones que se refieren al desarrollo del juicio, arguyendo que ellas no contemplan la posibilidad de recibir una prueba fuera de la sala de audiencia y, por consiguiente, han sido vulneradas. Agrega que de este modo se habría infringido el derecho a defensa, en especial, el control de la prueba de cargo, que no sólo se refiere a lo que se declara por un deponente sino también a como lo hace, es decir, a la observación de su actitud, movimientos corporales y, en general, reacciones frente a los interrogatorios y contrainterrogatorios.

b) Se habrían incorporado los peritajes psiquiátricos de los Dres. de la Carrera y Haquin, cosa que en el nuevo procedimiento está vedada, según se desprende de los artículos 331 y 322 del Código Procesal Penal.

c) Se habría otorgado valor a la declaración del doctor Carlos Haquin Fridmann, no obstante que estaría viciada, porque ese facultativo era el "médico tratante" del imputado, según propia declaración, motivo por el cual se trataría de una prueba ilícita.

d) El Juez de Garantía rechazó la solicitud de la defensa de suspender la dictación del auto de apertura, otorgándole un nuevo plazo para presentar prueba con arreglo a lo preceptuado en el artículo 278 del Código Procesal Penal.

2º.- Que, en segundo lugar, el recurso se basa en la causal de nulidad contemplada en la letra c) del artículo 374 en relación con la letra c), d) y e) del artículo 342, ambos del Código Procesal Penal, de la cual esta Corte es competente para conocer en virtud de lo preceptuado en el artículo 376 inciso cuarto del mismo cuerpo de leyes. Al respecto sostiene que la sentencia omite referirse en forma completa a los hechos alegados por las partes, así como "la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fuesen 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"; hace, además, una prolija revisión de las exigencias que a su juicio deben dirigirse a la ponderación de la prueba en el proceso penal (nuevo sistema), para concluir que en el caso "sub-lite" ellas no han sido respetadas. Echa de menos, asimismo, las razones de los sentenciadores para resolver que la agravante de responsabilidad contemplada en el artículo 12 Nº 12 del Código Penal no forma parte del delito de violación.

3º.- Que, en relación con el reclamo referente a que la declaración de la perito psiquiatra Cecilia de la Carrera Doty, prestada mediante circuito cerrado, en una video conferencia, lo cual no se encontraría aceptado por norma alguna de las que regulan la recepción de la prueba pericial en el juicio oral, será desestimada por las razones que a continuación se exponen:

a) La única disposición que se refiere a la forma en que han de prestar su declaración los peritos durante la audiencia del juicio oral es el artículo 329 del Código Procesal Penal, el cual prescribe que "deberán ser interrogados personalmente." Ahora bien, aunque es verdad que la forma más tradicional de efectuar un interrogatorio personal es contando con la presencia física del deponente en el lugar del juicio, no lo es menos que el desarrollo actual de la tecnología comunicacional ha abierto las puertas a otras formas de interacción personal que cumplen con todas las exigencias implícitas en la idea del "interrogatorio personal" requerido en el artículo 329 inciso primero del Código Procesal Penal. La video conferencia es, con toda seguridad, la expresión más perfecta de estos progresos.

b) En efecto, la técnica aludida permite unir, en tiempo real, lo que sucede en dos lugares físicamente separados en el espacio, percibiéndose en ambos, de igual manera, de forma interactiva; de tal suerte que no afecta en lo absoluto los principios orientadores del nuevo proceso penal sobre inmediación, publicidad, oralidad y contradictoriedad, puesto que permite la actividad de todos los intervinientes y la percepción directa por los jueces de los dichos del perito, de sus respuestas y reacciones a los interrogatorios y contrainterrogatorios. Por supuesto, el empleo de este recurso excluye la posibilidad de intimidar al

deponente con la presencia y actitudes corporalesde quien lo interroga; pero eso es algo que nadie podría echar de menos, pues tales procedimientos están implícitamente prohibidos por el artículo 330 del Código Procesal Penal, como lo pone de relieve una interpretación "a fortiori" de su texto.

c) En consideración a lo expuesto, la declaración de un perito durante el curso de un juicio oral, así como su interrogatorio y contrainterrogatorio sirviéndose de una videoconferencia ha de considerarse equivalente a la que se realiza contando con su presencia física en el lugar en que se desarrolla el proceso y, por lo tanto, idónea para "interrogarlos personalmente", en el sentido del inciso primero del artículo 329 del Código Procesal Penal. Para que ello sea así es necesario, obviamente, adoptar las precauciones que se tomaron en el caso "sub-lite", esto es, cuidar que el deponente declare desde la sede del Tribunal Oral en lo Penal más próximo al lugar en que se encuentra, debiendo sus jueces comprobar su identidad, tomarle juramento y prestando su testimonio o evacuando su pericia ante los ministros de fe y de un representante de la o las contrapartes, en día y hora previamente determinados, y en consideración a que fue acordada en una situación especial y extraordinaria, previamente justificada ante el tribunal competente.

d) No resolver esta cuestión en la forma indicada, importaría ignorar la existencia de una tecnología de avanzada, que permite dotar al nuevo procedimiento penal de mayor eficacia, seguridad y celeridad en la prosecución de sus objetivos, sin vulnerar ninguno de los principios que lo informan, sólo para rendir pleitesía a una interpretación "literalista", que rehuye el progresismo en la búsqueda del sentido de las normas para quedarse en el puro servicio de su letra.

4º.- Que, por otra parte, como certeramente lo ha expresado en estrados el representante del Ministerio Público, de la exposición del recurso se deduce que lo que se reclama es de la posibilidad de una vulneración al derecho de defensa y al control de la prueba de cargo. Sin embargo, no se aduce hecho alguno que permita afirmar que esa posibilidad se realizó en el caso concreto o que se le haya impedido de algún modo a la defensa examinar a la perito o contrainterrogarla, de suerte que no se divisa como podría haberse derivado del procedimiento empleado una violación a garantías constitucionales, sobre todo si se tiene en cuenta que ésta ha de ser de índole sustancial.

5º.- Que, en lo concerniente a la supuesta introducción de los peritajes de la Dra. de la Carrera y del Dr. Haquin, es lo cierto que el recurso no da cuenta de lo que lo conduce a formular este reproche ni del modo en que la pretendida introducción se ha materializado en una infracción de las garantías constitucionales al amparo de las cuales efectúa sus reparos y, ni siquiera, de la forma en que ella se relaciona con tales garantías. Por tales razones, esta alegación tampoco podrá prosperar.

6º.- Que, en cuanto al otorgamiento de valor a la declaración del perito psiquiatra Dr. Carlos Haquin, no obstante que sería una prueba ilícita, por ser dicho facultativo el médico tratante del imputado, es menester hacer algunas precisiones.

a) En primer lugar, conviene destacar que la calidad de médico tratante de Farías Ortiz que se atribuye al Dr. Haquin, deriva tan sólo de lo que el propio médico afirmó durante el juicio, como lo reconoce y enfatiza el mismo recurso. Ahora bien, lo que el Dr. Haquin puntualizó en su momento fue que, si bien era cierto que había hecho una pericia previa ("en diciembre pasado") tuvo que " seguir viendo al paciente (Farías) como médico tratante."

b) Esta afirmación del facultativo ha dado lugar a una confusión terminológica en la cual, equivocadamente, se encuentra apoyada la causal de nulidad a que nos referimos. Porque, en efecto, el "médico tratante" es aquel a quien el paciente acude de propia iniciativa y en el cual deposita su confianza, haciéndolo voluntariamente confidente de sus problemas personales y, consecuencialmente, de hechos que prefiere permanezcan ocultos a terceros. De acuerdo con la información disponible, este no es el caso del Dr. Haquin Fridmann. En rigor, él es un perito que fue llamado a informar sobre la salud psíquica del procesado y, en el curso de la exploración requerida para hacerlo, encontró que Farías requería de auxilio médico por lo cual continuó proporcionándoselo, aunque es manifiesto que el "paciente" no se lo había solicitado ni depositó en él confianza alguna. Por supuesto, para prescribirle medicamentos que aliviaran sus síntomas, el Dr. Haquin tuvo que consultar la ficha médica del procesado, pero esto nada dice contra lo que aquí se ha expuesto, pues en su calidad de perito también podía acceder a ese documento.

c) Lo expresado en el párrafo anterior explica la forma airada en que el facultativo cuestionado reaccionó al ser interpelado por la defensa. El Dr. Haquin no se sentía depositario de la confianza de Farías en los términos en que los médicos reciben las de sus pacientes, sino que entendía que intervenía en el asunto como un auxiliar de la justicia al cual accidentalmente le había correspondido prestar asistencia profesional al encausado, sin que ello lo transformara en su confidente. A la luz de esta confusa y ocasional superposición de roles cobra pleno sentido lo expresado por el médico cuando se lo interroga sobre el punto: aunque se hizo cargo de Farías Ortiz en su calidad de perito, ha "tenido" que seguir viéndolo porque éste requería ser tratado; a causa de ello ha dispuesto de más información médica de la que usualmente se reúne en un examen de pericia psiquiátrica y debe responder a lo que se pregunta de acuerdo con todo el conocimiento así adquirido. Por eso, además, agrega con irritación: "Yo soy miembro de una sociedad, yo no estoy revelando nada confidencial que el paciente no haya entregado... Se trata que hay un proceso... Se trata que los hechos que se están juzgando son hechos graves, y lo que yo pueda aportar para dar una buena justicia al paciente, desde esa perspectiva, desde mi formación moral, yo no tengo ningún tipo de contradicción de estar acá." Más allá de la construcción incorrecta de las frases, motivada por la alteración momentánea, lo que el Dr. Haquin está expresando es que depone como perito; que sabe más que otros peritos sobre el procesado porque ha tenido que brindarle auxilio médico, pero que no se siente depositario de su confianza porque él continúa siendo un experto que está al servicio de la justicia.

d) Conviene también observar, como lo ha hecho el Ministerio Público en sus alegaciones, que el artículo 303 del Código Procesal penal concede a los testigos sólo una facultad de abstenerse de declarar cuando, como el médico, tuvieren el deber de guardar el secreto "que se les hubiere confiado." Dejando de lado el que la norma no impone la abstención sino que se limita a permitirla, así como que no se refiere directamente a los peritos sino únicamente a los testigos, interesa aquí destacar que ella sólo se refiere a los secretos que al médico "se le hubieren confiado, esto es, de que se le hubiere hecho depositario en virtud de una relación de confianza establecida voluntariamente por el paciente con el facultativo. Como se ha demostrado con los razonamientos desarrollados más arriba, aquí ese no era el caso.

e) Finalmente, ha de consignarse que, aun prescindiendo de todo lo anterior, esta causal de nulidad sólo se orientaría a una posible imputación de inhabilidad de los peritos, lo cual no es atendible por expresa disposición del artículo 318 del Código Procesal Penal, que declara la improcedencia de ellas. Por otra parte, la imputación a los jueces de una valoración ilegal de la prueba en tales circunstancias, aparte de importar un desconocimiento del derecho del tribunal para apreciar la prueba con libertad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, no encuentra apoyo en norma constitucional alguna que justifique la alegación de la causal de nulidad contemplada en el artículo 373, letra a) del texto procesal y, más bien, encubre un posible motivo de nulidad absoluta del artículo 374, que en forma natural es de competencia de la respectiva Corte de Apelaciones.

7º.- Que, conforme a todo lo expuesto en el considerando anterior, tampoco este capítulo de nulidad podrá prosperar, pues la sentencia no incurrió en ningún quebrantamiento de garantías constitucionales al dar valor a la declaración del Dr. Haquin Fridmann.

8º.- Que, finalmente, en este primer grupo de motivos de nulidad, se reclama porque el Juez de Garantía rechazó la solicitud de la defensa de suspender la dictación del auto de apertura, otorgándole un nuevo plazo para presentar prueba, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 278 del Código Procesal Penal. Esta alegación, sin embargo, tendrá también que ser desestimada, pues la disposición citada establece que, si se dan los presupuestos descritos en ella, el juez de garantía "podrá suspender la audiencia por un plazo de diez días." Se trata, por consiguiente, de una facultad entregada privativamente a ese magistrado, al cual se confía la evaluación de su procedencia. Por ello, si se abstiene de conceder el plazo, ello no puede dar lugar a una nulidad como la impetrada, fundada en el artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal.

9º.- En cuanto se refiere a la causal de nulidad fundada en el artículo 374, letra c), en relación con la letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, la nulidad, procedería porque el Tribunal del Juicio Oral no se habría hecho cargo

"en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo." En síntesis la alegación, prolijamente desarrollada con profusión de referencias doctrinales, se basa en que en los motivos 21, 22, 23, 24, 25 y 26 se habría hecho una referencia incompleta y poco clara de lo expresado por los peritos psiquiatras Carlos Haquin y Cecilia de la Carrera, que se acogen, y Héctor Carrasco y Juan Carlos Méndez, de los cuales se prescinde.

10º.- Que, en lo que concierne a la imputación relacionada con la aceptación de las pericias de los Dres. Haquin y de la Carrera, ella es infundada, pues, en verdad, el fallo se refiere en forma sintética pero exhaustiva a las razones que tiene para acogerla y, a partir de su exposición es posible "la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que" ha llegado la sentencia. El hecho de que en una parte de las consideraciones se afirme que el imputado es imputable porque no presenta "retardo mental", en lugar de referirse al "trastorno mental", como es manifiesto que constituyó el propósito de los sentenciadores, nada dice en contra de lo afirmado aquí; pues del contexto el equívoco resulta claro y fácil de corregir mentalmente, ya que el retardo mental de Farías no fue lo que estuvo en discusión, sino que la existencia de un eventual trastorno que excluyera o redujera su imputabilidad.

11º.- Que, en cuanto a la prueba desestimada, la sentencia recurrida afirma en su considerando vigésimo cuarto, "in fine", que no le dará valor por no ser esos peritajes conclusivos "y tener sólo un carácter meramente exploratorio o preliminar. Tal explicación basta para entender "las razones" que se han tenido en cuenta para adoptar tal decisión – lo cual, dicho sea de paso, es la única exigencia dirigida por el artículo 297 inciso segundo a los sentenciadores cuando se trata de desestimar una prueba –. En efecto, de lo expuesto salta a la vista que el motivo para desentenderse de los peritajes de los Dres. Carrasco y Méndez radica en que tales facultativos no estuvieron en condiciones de emitir un pronunciamiento sobre el estado mental del procesado que permitiera a los jueces resolver sobre una reducción o exclusión de su imputabilidad. En opinión de esta Corte Suprema, esa es una razón atendible para desestimar una prueba de esta índole, cuya recepción en el proceso sólo es posible si permite clarificar una circunstancia que, usualmente, es de difícil apreciación y comprensión.

12º.- Que, en lo tocante a no haberse dado las razones por las cuales se estimó que la circunstancia agravante a que se refiere el artículo 12 Nº 12 del Código Penal no forma parte integrante del tipo de la violación impropia del artículo 343 de ese mismo texto legal, cabe advertir que esa alegación no se refiere a la valoración de la prueba sino que a la interpretación de la ley – concretamente, a un problema de concurso aparente de normas – y, por consiguiente, ajena a la causal que se invoca. Por esta razón, tampoco se la acogerá.

Por estas consideraciones, y visto además lo preceptuado en los artículos 295, 297, 303, 315, 318, 319, 329, 330, 342, 373, 374, 376 y 384 del Código Procesal Penal, se resuelve que SE RECHAZA el recurso de nulidad interpuesto por el Defensor Penal Público de Calama, en contra de la sentencia del Tribunal del Juicio Oral de esa misma ciudad de fecha 17 de junio de 2003, pronunciada en la causa Rol Único 0200011127-1, por delito de violación, seguida en contra del imputado José Antonio Farías Ortiz, la cual, por consiguiente, no es nula.

Redacción del Ministro señor Enrique Cury Urzúa.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol Nº 2662-03.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Minición del Ministro señor Enrique Cury Urzúa.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol Nº 2662-03.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sr. Alberto Chaigneau del C., Sr. Enrique Cury U., Sr. José Luis Pérez Z., Sr. Nibaldo Segura P. y el abogado integrante Sr. Fernando Castro A.. No firma el Ministro Sr. Chaigneau, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo por encontrarse en comisión de servicios.

- **Comentario:**

Viña del Mar, julio de 2003

Señor
Fiscal Nacional del
Ministerio Público
D. Guillermo Piedrabuena Richard.
Presente

Estimado señor Fiscal:

Ha tenido Ud., a bien, consultar mi opinión en relación a la impugnación que, por vía de recurso de nulidad, se ha deducido por la defensa del acusado José Antonio Farías Ortiz, invocando la causal consagrada en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, ([1]) en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Calama, el 17 de junio de este año, que condenó al nombrado Farías Ortiz, a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo y accesorias correspondientes, como autor de dos delitos de violación en perjuicio de menores.

Se me pide informar – en Derecho - acerca de si se ha vulnerado la garantía constitucional de un debido proceso del condenado, por la circunstancia de haberse permitido por el tribunal, que una perito prestara su declaración a través de una video conferencia, esto es, sin concurrir, físicamente, a la presencia de los juzgadores.

ANTECEDENTES.

Descansa el recurso, como se anticipara, entre otros motivos, en la circunstancia de haberse autorizado por el Tribunal que la perito Cecilia de la Carrera Doty, prestara declaración bajo la modalidad de circuito cerrado de televisión, esto es, video conferencia, desde la ciudad de Antofagasta, conectada en tiempo real con el tribunal del juicio, el día lunes 9 de junio a las 11.00 horas.

A solicitud del Ministerio Público, se autorizó la modalidad de producción de la prueba pericial referida, en su momento, contra la opinión de la defensa, por el Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Calama, sobre la base de verificarse la identidad de la perito por los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Antofagasta, antes quienes se prestaría el juramento o promesa correspondiente y reconociéndose el derecho de la defensa de encontrarse presente en el lugar de la declaración.

En el recurso, se arguye, en lo que interesa a la consulta que se me formulara, que las disposiciones legales que regulan la materia, discurren sobre la base de que la prueba debe tener lugar en la misma sala de audiencia del tribunal de juicio oral en lo penal, sin que la hipótesis de la causa estuviere contemplada entre las excepciones previstas en los artículos 330, 331 y 337 del Código Procesal Penal, concluyéndose que "…*el Código Procesal Penal no regla la posibilidad de recibir una prueba fuera de la sala de audiencia, son pena de la inobservancia de las normas de desarrollo del juicio oral…"([2])*

INIDONEIDAD DE LA ARGUMENTACION ANULADORA.

En el apartado del recurso, rotulado " Forma en que se produce la infracción a la garantía del debido proceso, contenida en el inciso 5 del número 3 del artículo 19 de nuestra Constitución Política, en estos 4 casos*"* se sostiene que "…*para ello* (el legislador) *ha establecido un proceso oral en que se recibe la prueba en forma inmediata y directa por el juez, el cual fallará en base a la apreciación de dicha prueba y la*

[1] Art 372.*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 y que se encuentren vigentes.

[2] Nunca estará demás, anotar la opinión de quienes, reparando en la manifiesta falta de simpatías por las personas sometidas a proceso del constituyente de 1980, aducen que nuestra Carta NO consagra la garantía de un debido proceso, desde que, en lugar de proclamar que toda persona sometida a enjuiciamiento, tendrá el derecho a ser juzgada con arreglo a un debido proceso de ley, se limita a encomendar al legislador el establecer las garantías de un racional y justo procedimiento, al paso que, a continuación, declara - no que las personas tienen la garantía de un proceso previo legalmente tramitado - sino que la sentencia de los órganos que ejercen jurisdicción deben fundarse en dicho proceso.

convicción a que con ella arribe. Se asegura, de esta forma, una debida bilateralidad de la audiencia y el derecho a la defensa del imputado, quien podrá directamente y frente al juez, confrontar la prueba producida por el órgano acusador, contrainterrogando a los testigos y haciendo presente las debilidades de una prueba deficiente."

"*…la recepción de la declaración de la perito dra. Cecilia de la Carrera Doty a través del sistema de video conferencia a(sic) producido a mi defendido un agravio reparable sólo con la declaración de la nulidad de la sentencia y del juicio, ya que los peritajes escritos, como la declaración de la perito fueron considerados y valorados por el tribunal para formar la convicción de que éste es imputable. Esta valoración realizada por el tribunal le permitió llegar a una convicción que de otra forma, no podría haber alcanzado, por lo que se causa, como se dijo, un agravio a mi defendido reparable solamente con la nulidad impetrada." ([3])*

Esta infracción – se concluye – *constituye el vicio de nulidad contemplado en el artículo 373 letra a) del Código procesal penal, por lo que también procede sea anulado el juicio y la sentencia por esa causal…*"

Ningún reproche se formula, empero, en torno a la identidad del perito, ni se aduce circunstancia alguna que indicara que, en el desarrollo mismo de la declaración de la perito, se hubiere cometido alguna infracción a la normativa procedimental que regula esta actividad probatoria (lectura de documentos, falta de juramento o promesa, incompleta identificación de la perito).

Se trata, como se ve, de una muy inadecuada motivación del recurso, porque **de ella NO se desprende el perjuicio real y efectivo que se dice haber experimentado**: en efecto, no hay una sola explicación que permitiera entender la razón por la cual la defensa no pudo contrainterrogar a la perito o confrontar la prueba de la acusación o hacer presente las debilidades de esta prueba si ella es deficiente (recuérdese que antes se ha sostenido que en el juicio oral (la defensa) "*…podrá directamente y frente al juez, confrontar la prueba producida por el órgano acusador, contrainterrogando a los testigos y haciendo presente las debilidades de una prueba deficiente..."*)

Pareciera que el recurrente estima que, el invocado, constituye un motivo de nulidad que no requiere de perjuicio, lo que, a todas luces, constituye un error: en el sistema anulador del Código, la tarea se facilita al que impetra la declaración correspondiente, por vía de eliminar, en algunos casos, la carga de probar el perjuicio, pero no hay interpretación alguna que conduzca a estimar que SIN PERJUICIO puede haber nulidad.

De la exposición fundante, resulta que se enfatiza lo que, se estima, constituiría una infracción a normas procedimentales (la valoración por los jueces de prueba se ha realizado fuera de la sala de audiencia) pero si de tal circunstancia, no se desprende que el acusado se vió impedido de ejercer sus derechos o que el tribunal no percibió la información probatoria por sus sentidos, lo que importaría que la convicción acusatoria la ha formado de otras fuentes que la prueba del juicio, tal eventual desconocimiento de la norma, aunque fuera real, no provocaría nulidad procesal porque lo impide el conocido principio de trascendencia, que regula este instituto procesal, que recoge, entre otros, el artículo 375([4]) y ha proclamado, contundentemente, la Corte Suprema.([5])

---

[3] Repárese en que el recurso hace consistir la infracción a la garantía del debido proceso, **en el hecho de haberse valorado por el tribunal la prueba pericia**l rendida a través de la video conferencia o, lo que es lo mismo, en el hecho de haberse asignado aptitud persuasiva a la declaración pericial no prestada en su presencia física, pero tal circunstancia no constituye - como se expresa en los párrafos siguientes - un desconocimiento de la garantía aludida, como se comprueba reparando en que, en los juicios penales sustanciados bajo la misma preceptiva constitucional, pero con otro ordenamiento procesal,(el Código de 1907) la práctica es perfectamente aceptada lo que también ocurre en los juzgamientos civiles.

[4] Art. 375. *Defectos no esenciales*. No causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva sin perjuicio de lo cual, la Corte podrá corregir los que advirtiere durante el conocimiento del recurso.

[5] Esta sanción procesal - la nulidad como consecuencia de acogerse un recurso por la causal del art. 373 letra a) - ha sostenido la Corte, constituye una solución de ineficacia de los actos procesales que se han verificado sin cumplir con aquellas formalidades que aseguran el cumplimiento del principio constitucional que obliga al legislador a regular un procedimiento o investigación racionales y justos. Sin embargo, por la trascendencia de la sanción, **la ley establece la exigencia que la infracción reclamada sea sustancial, es decir, que sea trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso...** Cfr: C Suprema. 20 octubre 2002. (consid.noveno) Boletín del Ministerio Público No. 14 Marzo de 2003. págs 147 y sgts

En consecuencia, de cara al análisis del recurso de nulidad, en cuanto se refiere a la imputación de haberse aceptado una declaración pericial efectuada a través de video conferencia, el recurso debe ser desestimado por su manifiesta falta de fundamentación, conforme a lo prevenido en el artículo 378 del Código.([6])

Estatuto jurídico que rige la producción de la prueba pericial en el juicio oral.

Como es conocido, el principio rector de producción de prueba, en el juicio oral apunta, más que a la formalidad de la actividad probatoria, a la aptitud que se reconoce a la prueba para formar la convicción judicial. En función de esta afirmación, se puede sostener que tal principio, lo recoge el inciso 2º del artículo 340, con arreglo al cual "…**el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio oral**…"

Esta es la máxima a observar, representando, las normas restantes, antes que nada regulaciones procedimentales de buen orden para el debate. Con todo, vale consignarlas:

a) Desde luego, conforme al art. 319, la prueba pericial se sujetará a lo dispuesto en el artículo 329 y, en defecto, a las disposiciones contempladas para los testigos;

b) Este artículo 329 impone que, antes de declarar, los peritos no podrán comunicarse entre sí, ni oir ni ser informados de lo que acontece en la audiencia; ordena interrogar personalmente a los peritos; prohibe sustituir su personal declaración por lectura de registros con declaraciones anteriores; establece el deber del juez presidente de identificar al perito y exigirle juramento o promesa de decir verdad; señala que los peritos expondrán brevemente el contenido y conclusiones de su informe; que serán interrogados "por las partes"comenzando por la que lo presentare; se autoriza a los jueces para pedir aclaraciones y, finalmente se consagra la posibilidad de volver a ordenar la declaración pericial, a pedido de alguna de "las partes";

c) En lo que interesa, normas sobre prueba testimonial, se recogen en los artículos 330 (Métodos de interrogación); 331(Lectura de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral) y 332 (Lectura para apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral).

d) De los artículos 284 (presencia ininterrumpida de jueces y fiscal en la audiencia del juicio oral) 285(presencia del acusado en el juicio) y 286 (presencia del defensor en el juicio oral) y 291 (oralidad) resulta la vigencia, en función del nuevo juicio, de la conocida regla técnica del procedimiento de la oralidad([7]) y su enriquecedora secuela de inmediación.

Derechos del acusado frente a la prueba contraria a la luz de los Tratados Internacionales

El artículo 8.2 letra f) de la **Convención Americana de Derechos Humanos,** Pacto de San José de Costa Rica, reconoce el "*derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos...* al tiempo que el artículo 14 No 2 letra e) del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,** en lo que interesa, asegura a toda persona acusada de delito, la garantía de " *interrogar o hacer interrogar a*

[6] Lo anterior, sin considerar, además, que sobre el tema materia del peritaje, hubo a lo menos, otro informe coincidente, según se expresa en el considerando 24 del fallo que se impugna.

[7] Remito, en cuanto al tema de las reglas técnica, a mi "El proceso civil chileno, una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma" en "**Tribunales, Jurisdicción y Proceso"** Edit Jurídica de Chile. Stgo. 1994. pág 51 y en cuanto a la oralidad, a mi " La oralidad en el proceso civil de América Latina" en "**El Proceso en Acción"**, Edit Libromar. Stgo.2000.pág. 311 y sgts.

.

los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo..."

No hay, a lo menos en estos dos importantes cuerpos normativos internacionales, referencia alguna a la modalidad bajo la cual debe producirse la prueba que servirá de fundamento al fallo, razón por la cual la prueba que se rindió por exhorto, ante un tribunal distante, merece tanta consideración por los Pactos, como la verificada ante el juez que pronuncia la sentencia.

Por este camino, entonces, se excluye que la invocación del texto previsto en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, importare una alusión a infracción de estas normas internacionales.

La inmediación

Es conocida, la profusa literatura que se ha escrito en relación a la inmediación y a sus ventajas y características: en afán de síntesis, y de cara al sentido de este informe, me parece conveniente apuntar que la inmediación – sustantivo compuesto, integrado por un prefijo de negación "in" y un núcleo "mediación" – expresa, positivamente, la idea de una vinculación directa, vale decir, sin el tamiz de cosas ni de personas, ([8])ausencia de intermediarios destacada por Barrios de Angelis, como rasgo caracterizante del principio de inmediación que, en sus palabras, "supone que los actos de partes se comuniquen al juez viceversa, sin la intermediación de persona o cosa alguna, es decir, por percepción directa de la expresión oral, los gestos y actitudes de los interesados" ([9])

Esta forma de relación se proyecta **a la interacción de los sujetos,** generando así, una contradicción y, por ende, una bilateralidad real, efectiva e instantánea pero, adicional y primordialmente, apunta **a la aprehensión sensorial directa por el juez**, de la información que emana de los órganos de prueba.

Se satisface la exigencia de inmediación, en consecuencia, cuando entre juez y partes o entre aquél y los abogados, existe la posibilidad del diálogo directo, de respuesta instantánea; cuando entre abogado y testigo o declarante, en general, se admite el intercambio de preguntas y respuestas, sin que alguien o algo se oponga; todavía, cuando en tal diálogo, es posible la interrupción por el interlocutor, impidiendo la conclusión de la oración, para negar la parte ya escuchada, para exigir precisión en los términos, etc.

Se satisface idénticamente esa exigencia, cuando el juez aprehende, por sus propios y exclusivos sentidos, el material informativo que fluye de la prueba, sin demora, al momento, al propio instante en que ésta se verifica, sin que nada ni nadie conduzca, elabore, digiera o controle el caudal persuasivo resultante.

En perfecta armonía con lo expuesto, se lee en la "Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires" elaborado sobre un trabajo de Mario Augusto Morello, Rolando Azari, Isidoro Eisner y Mario Kaminker, que "…(lo que se debe implantar)…*es* ***la inmediación****, entendida como presencia del juez en vinculación permanente con las partes profesionales y auxiliares de la justicia y el material de conocimiento sometido a su juzgamiento…*" ([10])

Los Tiempos actuales, la Ciencia y el Proceso.

Existe conciencia en torno a calificar a los últimos cien años, como el período en que se ha producido la mayor innovación en el conocimiento humano, desde que la Historia existe y, todavía, podría

[8] Couture escribe que " el nombre de inmediación procesal se usa para referirse a la circunstancia de que el juez actúe junto a las partes, en tanto sea posible en contacto personal con ellas, prescindiendo de intermediarios tales como relatores, asesores, etc." Cfr: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 3ª edic, (póstuma) Bs Aires Depalma

[9] .. Cfr Santiago Garderes. " El principio de inmediación y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso, con especial referencia a la videoconferencia" Libro de Ponencias XVII Jornadas Iberoamericanas XI Jornadas uruguayas de Derecho Procesal (En homenaje a la escuela procesalística uruguaya) octubre 2002.Fundac. Cultura Universitaria Montevideo. Pág. 743

[10] Cit por Oscar J Martínez en "Las Nuevas Herramientas Procesales y Tecnológicas y la Superación de la Dicotomía entre Oralidad y Escritura" Ponencia a las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Costa Rica octubre de 2000. Vol de ponencias. Pág. 406.

acotarse la expresión, para afirmar que los últimos 25 años del siglo XX han generado tal caudal de información y conocimiento que, aunque resulte dudoso afirmar que se ha dado nacimiento a una nueva era, que Z. Brzezinsky denominara "*tecnotrónica*", Alvin Toffler " *de la tercera ola*" o Nassblit, simplemente "*de la información"* es lo cierto que los indicadores son abrumadores, haciendo realidad el juicio de Toynbee, en orden a que " la Historia se está acelerando de tal modo, que nos sorprende constantemente merced a extraordinarios avances modernos" ([11])

En lo que nos interesa pues, es preciso reconocer con Ortells,([12]) que la progresiva mayor complejidad de los componentes de la realidad social que el Derecho está llamado a regular, así como el continuo perfeccionamiento de los métodos de esos componentes, constituyen ciertamente una buena muestra de la incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso. Las nuevas tecnologías son las que se ha dado en llamar " tecnologías de la sociedad de la información". Es decir, las tecnologías de archivo, tratamiento y transmisión de imágenes, sonidos y datos entre los equipos técnicos adecuados, las nuevas tecnologías ligadas a la electrónica, la informática, las telecomunicaciones y sus aplicaciones.

La revolución a que asistimos, en materia de telecomunicaciones e informática, se ha dicho,([13]) conlleva en el plano cultural una reformulación de los criterios que pautan las nociones de eficacia y eficiencia, lo que, aplicado al proceso, lleva a considerar obsoleto y por ende, ineficiente, al modelo procesal actual, lo que se explica en palabras del célebre procesalista argentino, Augusto M. Morello, señalando que " *una de las causas de la ineficiencia de la justicia acaso sea la continuidad de sistemas o métodos de trabajo que prescinden de los aportes de disciplinas técnicas o científicas sin duda, afines, que son determinantes de la modernidad. Si se tiene en vista que la finalidad del servicio de justicia debe ser la máxima efectividad posible en la solución de conflictos (en tiempo, costo y calidad), ha de repensarse la forma de construir el proceso, de organizar la oficina judicial y el estudio jurídico."* ([14])

Como ha resuelto la Corte Suprema argentina, "*…la aceleración de los cambios históricos, el avance científico y tecnológico y el aumento de las necesidades espirituales y materiales a las que se adiciona la revolución de las comunicaciones**, requieren del ámbito jurisdiccional una perspectiva dinámica,** en correspondencia con los sistemas de comunicación, el crecimiento exponencial de la tecnología y su gravitación sobre la mentalidad, las actitudes y los comportamientos individuales y sociales* "([15])

La indiscutida irrupción de las tecnologías en la vida de nuestros tiempos, se retrata con fidelidad en los términos del Mensaje con que el Presidente de la República enviara, el 9 de agosto del 2000, al Parlamento, el Proyecto de Ley que, más tarde comenzara a regir como ley 19.799 sobre Firma Electrónica, ocasión en que expresó:

"Apenas transcurrido poco más de un siglo de la última revolución industrial, el mundo y nuestro país asisten a una nueva revolución tecnológica, cuyo impacto probablemente superará al que en su momento trajo consigo la popularización de la imprenta y del libro. Ya no se trata solo sólo de la revolución de las computadoras, sino de la revolución de Internet, una red mundial que abre extraordinarias posibilidades para el progreso, el bienestar y la igualdad de oportunidades para todos los chilenos. Esta revolución tecnológica resulta de la convergencia de diversos fenómenos, entre los que destacan la digitalización de la información y el conocimiento, la difusión mundial de Internet como red abierta de comunicaciones y transacciones, la

---

[11] Cfr: Horacio R Granero "El Derecho y la alta tecnología. El impacto de las nuevas tecnologías en el Derecho" Instituto de Informática Jurídica Univ del Salvador.

[12] Cfr: Manuel Ortells R. "Incidencia de las Nuevas Tecnologías en el Proceso Jurisdiccional". Relato general por Iberoamérica. Libro de Ponencias XVII Jornadas Iberoamericanas XI Jornadas uruguayas de Derecho Procesal (En homenaje a la escuela procesalística uruguaya) octubre 2002.Fundac. Cultura Universitaria Montevideo. Pág. 608

[13] Cfr Santiago Garderes. Ob.cit." El principio de inmediación y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso, con especial referencia a la videoconferencia" id nota ant. Pág. 741

[14] Cfr "La Eficacia del Proceso Ed Hammurabi Bs Aires. 2001. pag. 31

[15] "Vago Jorge A vs Ediciones de la Urraca SA" 19.Nov.1991. cit por A.M Morello. **" Lo Hecho" 1940-1996** Lib. Edi Platense SRL 1996. pág 488

informatización de empresas y procesos….Para impulsar el pleno aprovechamiento de la revolución tecnológica en curso, el gobierno ha establecido una estrategia orientada por … grandes propósitos…acelerar el aprendizaje nacional en el uso y dominio de las nuevas tecnologías de información y comunicación….la informatización y uso creciente de redes electrónicas por parte del Estado adecuando su gestión y organización…"

Los Códigos chilenos de Procedimiento Penal y la tecnología.

El Código de Ballesteros, redactado, a estas alturas hace ya más 111 años atrás y vigente aún - julio de 2003 - en las Regiones de mayor densidad poblacional del territorio nacional, ha venido siendo actualizado a lo largo de su prolongadísima existencia y quizás, una de las reformas más trascendentes, de cara a aligerar el férreo sistema inquisitivo que contempla, lo introdujo la Ley 18.857 del año 1989: pues bien, tales modificaciones – adoptadas durante las postrimerías del período del Gobierno Militar – fueron estudiadas y redactadas por una "Comisión Conjunta" en la que participaron miembros de las diversas "Comisiones Legislativas", grupos que asesoraban a los integrantes de la Junta Militar de Gobierno.

La Ley referida, introdujo el artículo 113 bis, con arreglo al cuyo inciso primero "…podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe…" y en las Actas de la Comisión Conjunta se lee que "...*el artículo 113 bis abre el actual régimen probatorio a nuevas formas de probar, algunas de las cuales se indican en el mismo precepto, quedando las innominadas comprendidas en la locución " cualquier medio apto para producir fe"...*y se explica que la norma se propone, "..*en el propósito de aportar a la tarea jurisdiccional,* ***elementos que puedan contribuir eficazmente a la agilización de la misma..."***

Esta fórmula amplia y abierta, capaz de asumir los avances tecnológicos, la propusimos – en nuestro condición de asesor técnico del Ejecutivo - en la discusión del Proyecto de Código Procesal en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de la República, y aparece recogida en el artículo 323 que bajo el epígrafe "Medios de prueba no regulados expresamente", dispone en los términos ya conocidos, que

"Podrán admitirse como pruebas, películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de producción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, **cualquier medio apto para producir fe..."**

La cuestión no puede sorprender, si se tiene en consideración que ya el artículo 226, declara que "...*cuando el procedimiento tuviere por objeto la investigación de un hecho punible que mereciere pena de crimen, el juez de garantía podrá ordenar, a petición del ministerio público, la fotografía, filmación u* **otros medios de reproducción de imágenes conducentes** *al esclarecimiento de los hechos..."*

Y, confirmando el criterio general del legislador procesal penal, frente a las vías y medios de reproducción de imágenes, sonidos y demás circunstancias, el artículo 227, a propósito del tema " registro de las actuaciones del ministerio público" sostiene que "...*el ministerio público deberá dejar constancia de las actuaciones que realizare tan pronto tuvieren lugar, utilizando al efecto* **cualquier medio que permitiere garantizar la fidelidad e integridad de la información..."**

Nadie podrá dejar de advertir la perfecta coherencia del legislador que, en el tema, exhibe un criterio claramente identificable, en el sentido de dejar sentada la posibilidad de uso de medios – que no precisa – diferentes a los tradicionales, en manifiesta disposición de abrirse a los avances científicos y tecnológicos que se avecinan.

Para el tema en debate, las reglas contenidas en los artículos 226 y 323, son de enorme significación: en efecto, ellos admiten la posibilidad de utilizarse MEDIOS DE PRUEBA desconocidos y diferentes a los tradicionales, a la sola condición que sean aptos para producir fe, vale decir, que aseguren la fidelidad e integridad de la información.

Pues bien, si los jueces pueden formar su convicción sentenciadora en medios aportados por la tecnología futura, esto es, medios que no están expresamente considerados en las normas procesales

actuales y diferentes a los tradicionales, con cuánta mayor razón no estarán dichos jueces autorizados PARA INCORPORAR MEDIOS DE PRUEBA TRADICIONALES, por vías tecnológicamente más modernas...!

El viejo brocardo interpretativo que señala que quien puede lo más, puede lo menos, así lo asegura.

La video conferencia.

La videoconferencia es un sistema que permite mantener una comunicación simultánea entre dos o más puntos habilitados y conectados a las redes de transmisión de datos o, más simplemente, "…un servicio que enlaza dos o más lugares a través de transmisiones en directo de video y audio..." ([16]) y que se caracteriza por ser:

a) Integral, ya que **permite el envío de imagen** (personas, video, multimedia,etc) **sonido** (voz de alta calidad, música, etc) **y datos** (ficheros automáticos, bases de datos; etc)
b) Interactiva, pues **permite una comunicación bidireccional en todo momento;**
c) Sincrónica, es decir, **en tiempo real,** pues se transmite en vivo y en directo, desde un punto a otro o entre varios puntos a la vez;

Algunas referencias a la videoconferencia en el Derecho Comparado.

Desde luego, es preciso reconocer que la cuestión viene irrumpiendo en forma avasalladora: no por nada, en España se ha celebrado, en mayo de 2001, y ante la Audiencia de Sevilla, el primer juicio penal con declaración de testigos, que estaban en otra ciudad (Palma) por videoconferencia.([17])

En Italia, su uso está regulado en la Ley No 11 de 7 de enero de 1998 sobre " partecipazione al procedimento penale a distanza".
Se exige allí que, en el plano técnico, la norma asegure la contextual efectiva y recíproca visibilidad y audibilidad de las personas presentes en ambos lugares y equipara a la sala de audiencia, el lugar donde se encuentra la persona conectada mediante videoconferencia;

En Estados Unidos, entre otros estados, aparece en Virginia Occidental, autorizado por las "Reglas de práctica y procedimientos para los tribunales de familia" ([18])

La información disponible en Internet también da cuenta de la utilización de videoconferencia con fines procesales (interrogatorio de testigos y peritos) en Canadá ([19]) y hay numerosas otras referencias, siendo quizás una de las más importantes, la que se formula al "Convenio relativo a asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea" que permite el interrogatorio de peritos y testigos entre los países ([20])

Adicionalmente se conoce del Proyecto que, específicamente modificará la Ley de Enjuiciamiento Criminal española agregando un artículo 731 bis que reza: "*El tribunal de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal, como imputado, testigo, perito o en otra condición, resulte gravosa o perjudicial podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*"

---

[16] Cfr: Rodríguez Matías y Baston, Carlos " Marco jurídico y formas de gestión en telecomunicaciones. Montevideo. Fondo C.U 1991.pág. 102,cit.por Garderes.ob.cit.pág. 744

[17] Cfr: http://www.acertia.com./noticias.com/juicio.html

[18] "Rules of Practice and Procedure for Family Court vigente del 27.09.2000

[19] Cfr http://www.ocurts.gov.bc.ca/SC/Annual 97/ VIDEOCONFERENCING%20COMMITEE.htm

[20] Cfr por todo Gaderes.ob.cit.págs 746 y sgts.

La situación chilena y la necesidad de un criterio hermenéutico apropiado.

La respuesta a la interrogante en torno a la procedencia de la prueba pericial producida en juicio oral, a través del sistema de video conferencia supone, primordialmente y ante la falta de un explícito texto legal nacional, que autorice o proscriba dicha posibilidad, una cuestión de interpretación de la ley y, en especial, de la ley procesal penal. No se discute que la ley no es un hecho histórico que pueda entenderse fuera del intérprete y de la vida social, cultural científica, política, económica, esto es, fuera del entorno territorial, temporal y cultural en que se aplicará desde que, como afirmara felizmente Wach, ella constituye una voluntad que tiene eficacia permanente; es una fuerza constantemente viva razón por la cual, como se ha enseñado, ([21]) para conocerla no basta pues referirse a las necesidades y a las relaciones sociales de la época en que fue dictada; la ley no se interpreta como una obra literaria o como un documento histórico cualquiera; precisa, por el contrario, que se la refiera a las nuevas necesidades o relaciones sociales que se han agregado o superpuesto a las anteriores…cuando el contenido ha escapado de la forma, que es la norma jurídica, es necesario substituirlo con el nuevo contenido social que en la realidad de la vida ha desplazado al anterior, si se quiere que la norma continúe siendo lo que debe ser, es decir, una fuerza constante viva.([22])

Este modo de entender la tarea hermenéutica, usualmente conocida como interpretación progresiva, (*lex plus voluit quam dixit)* conocida y aplicada de siempre, cobra una insospechada relevancia en nuestros tiempos, en función de la avasalladora irrupción tecnológica en todos los ámbitos de la vida que venimos comentando, incluyendo, por supuesto, el de las relaciones procesales.

Lo expresado, ha de complementarse con las ideas frecuentemente esbozadas, bajo la denominación de "interpretación teleológica", entendiendo por tal, la búsqueda de la voluntad concreta de la ley, superado ya el antiguo mito de la voluntad del legislador, habida cuenta que la ley, una vez promulgada, se aparta de las condicionamientos sociales y subjetivos que la han determinado([23]).

En tal sentido, Prieto Castro afirmaba que "las normas procesales han de conceptuarse, en el fondo, como reglas de oportunidad y conveniencia cuya finalidad última, desde el punto de vista de la función que el Estado quiere realizar, está fuera de ellas mismas. **Esta función es la de impartir la justicia del modo que sea más expedito posible, sin perjuicio de las garantías necesarias, con el menor esfuerzo individual, el mayor ahorro, tanto para el Estado como para los particulares…"([24])** (énfasis agregado).

Con todo, parece que – una vez más - la mejor respuesta la encontramos en Couture quien, en sus conocidos "Estudios" afirma que "el fenómeno de la interpretación no tiende a desentrañar el pensar del legislador sino la medida eficacia actual de la norma, **el derecho prorroga indefinidamente su vigencia hacia el futuro…"([25])**

Establecido que la videoconferencia conlleva una revolución conceptual que necesariamente alcanza a las ideas que definen el principio de inmediación procesal y los conceptos de comunicación, diálogo, presencia, proximidad, intermediarios y en este marco, el análisis debe partir de la finalidad o ratio del principio normativo, teniendo presente su carácter instrumental: el contacto personal y directo de los jueces con las partes y la prueba constituye, en este sentido, el medio o instrumento para el mejor conocimiento de los hechos debatidos. Bajo esta premisa debemos prescindir del marco conceptual tradicional, en el que el contacto personal y directo supone una determinada proximidad física y reformular los conceptos enunciados desde una renovada perspectiva (esto es, no en función de paradigmas que la realidad demuestra superados)

---

[21] Cfr: Alfredo Rocco " La Sentencia Civil" La interpretación de las leyes procesales .Cárdenas edit 1ª.reimp.México.1993.pág 278

[22] Id.

[23] Cfr: Manuel Serra D. "Estudios de Derecho Procesal" Edic Ariel Barcelona 1969. pág 18 Edic

[24] Cfr. L Prieto Castro "Derecho Procesal Civil", Madrid 1964.t.I pág 34. cit por M Serra. ob cit. Pág 18.

[25] Estudios de Derecho Procesal, t III pág. 25

a fin de establecer si la comunicación por video conferencia permite o no, el instantáneo conocimiento de los hechos por los jueces del tribunal.([26])

La necesidad de revisar los conceptos enunciados sobre los que se asienta la definición de inmediación procesal parte de la siguiente consideración técnica: la comunicación por video conferencia entre dos o más personas situadas en lugares distintos, permite su recíproca y simultánea visibilidad y audibilidad, **sin limitación en función de la distancia que separa esos lugares, ni restricciones sensoriales** (a excepción del tacto y el gusto que, en la materia, carecen de trascendencia) y los sujetos pueden verse y oirse y, por ende, entenderse, recíproca y simultáneamente, de allí que, como enfatiza Garderes,([27]) "…el juez o el abogado que interroga al testigo o perito conectado por videoconferencia, **recibe al instante sus repuestas, al tiempo que percibe sus gestos**, lo que posibilita una comunicación amplia y sin menoscabo del derecho de defensa", por lo que, como afirmaba Carnelutti, cada uno participa en el diálogo, tanto escuchando como hablando.([28])

El nuevo sistema de juzgamiento penal.

Es manifiesto que el régimen de enjuiciamiento consagrado en el nuevo Código Procesal Penal, enfatiza, como garantía máxima que se puede conferir al acusado, la realización de un juicio oral y público para determinar su responsabilidad penal.(artículo 1º). Éste es el modelo que el legislador ha utilizado para cumplir el encargo que, en el artículo 19 No 3 de la Carta Política, le formulara el constituyente, en orden a consagrar un procedimiento justo y racional y es, además, el juicio previo, a que alude el mismo precepto constitucional.

De la oralidad demandada al procedimiento, extraemos la necesidad de la inmediación, resaltada otra vez, con motivo de la regulación del juicio oral, según, en su momento se dejó constancia y, en consecuencia, para contestar a la interrogante en torno a si la declaración de un perito efectuada a través de una video conferencia, ha importado vulnerar la norma constitucional que impone el juzgar con arreglo a un procedimiento justo y racional, es preciso establecer cuáles son los derechos que un procedimiento, que cumpla con tales apelativos, consagraría al defensor y/o reconocería para el acusado.

La tarea puede verificarse dando por aceptado que el estatuto procedimental que el Código Procesal Penal establece para el interrogatorio de los peritos se ajusta a la norma constitucional, razón por la cual, la cuestión queda resuelta si se llegara a la conclusión de que este estatuto se observó escrupulosamente o, lo que es lo mismo, bastará, para saber que no se produjo infracción o ilícito constitucional alguno con la aceptación y ponderación de la declaración por videoconferencia, el contestar AFIRMATIVAMENTE, a las interrogantes que siguen:

1) ¿La perito que declaró en la causa, a través de video conferencia – en adelante " la perito" - fue aquella mencionada en el auto de apertura del juicio oral, como experta que quedaba a autorizado a presentar el Ministerio Público y fue individualizada como tal? (art 329 inc 2º)

2) Antes de prestar su declaración, ¿la perito juró o prometió decir la verdad? (art 329 inc. 2º)

3) Antes de prestar tal juramento, ¿la perito estuvo imposibilitada de saber lo que ocurría en la audiencia o lo que declaraban otros peritos o testigos? (art 329 inc.final)

5) La declaración ¿la efectuó la perito misma, personalmente y hablando, esto es, exponiendo verbalmente sus dichos, sin que ninguna otra persona ocupara su lugar? (art 329 inc.1º)

6) Mientras la perito declaraba ¿los jueces del tribunal de juicio oral llamados a dictar la sentencia, estaban en sus lugares de la sala de audiencia en que el Tribunal funcionó, sin recibir otras pruebas,

---

[26] Garderes. Ob cit. pág 749

[27] id.

[28] Cfr: F Carnelutti Derecho Procesal Civil y Penal t.1 Derecho y Proceso EJEA Bs Aires 1971 págs 173 y sgts

interrogar otros testigos o peritos o realizar otras actividades propias de su ministerio y, por el contrario, **miraban a la perito y escuchaban su testimonio?** (art 284) ([29])

6) ¿Tuvieron ocasión, los jueces que dictaron la sentencia, de **OIR** la declaración de la perito **instantáneamente** con su pronunciamiento y de **VERLA en el mismo momento** en que pronunciaba los términos de tal declaración ? (art 340 inc.2º)

7) Si la perito hubiere interrumpido su declaración; hubiere pedido ayuda para continuarla o hubiere leído el testimonio ¿lo habrían VISTO, en el acto, los jueces que dictaron la sentencia…?

8) Tan pronto concluyó la declaración de la perito, ¿hubo posibilidad de repreguntarla y/o contrainterrogarla por el fiscal, por el abogado de la querellante si lo hubiere habido y por el abogado defensor? (art 329 inc. 3º C.Penal, 8.2.letra del Pacto de S. José de C. Rica y 14.2 letra e) del Pacto internacional de D. C. y P.)

9) En esa misma ocasión ¿tuvieron los jueces del tribunal, la posibilidad de solicitarle que aclarara sus dichos? (art 329 inc. Este ejercicio intelectual permite comprobar, sin la menor duda, que la circunstancia de haberse verificado la prueba pericial mediante una videoconferencia que permitió la simultánea e instantánea interacción, visual y auditiva, entre perito, abogados, jueces e intervinientes, no sólo no ha vulnerado ningún derecho constitucional o consagrado en los Tratados que el Estado debiera proteger, sino ha permitido que el sistema procedimental cumpliera con su deber de suministrar conocimiento cabal a quienes están en el proceso, administrando con eficacia los recursos de la persecución penal pública,([30]) de cara a una mejor y más cumplida impartición de la Justicia.

Prueba anticipada y prueba en video conferencia.

Cabe además, agregar que la redacción del recurso de nulidad deducido, en cuanto no es capaz de precisar, efectivamente, de qué modo se le habría ocasionado un perjuicio con la actividad probatoria que impugna, debe conducir a su rechazo en especial, si se repara en que el recurrente no es capaz de explicar la razón por la cual, una declaración pericial prestada en la forma analizada y que permite la interacción entre jueces y declarante sería inconstitucional y no lo sería, la misma prueba pericial, rendida como prueba anticipada, en la audiencia de preparación del juicio oral, conforme a lo dispuesto en el artículo 280 del Código.

Esta prueba anticipada, que se presta ANTE UJN TRIBUNAL DIFERENTE, no confiere, obviamente a los juzgadores, posibilidad alguna de VER a la declarante cuando presta su testimonio ni, muchísimo menos, la opción de pedirle aclaración de sus dichos...

La indiscutida circunstancia de no haberse formulado jamás, reproche alguno de inconstitucionalidad en contra de esta modalidad probatoria, contribuye a enfatizar la falta de fundamentos del recurso que se comenta.

Apreciación de la prueba y debido proceso.

Por la naturaleza y alcance de los términos del Informe que se me ha solicitado, no resulta posible acá, extenderse en torno a la amplísima noción del debido proceso de ley: a los efectos de las conclusiones que siguen, empero, me parece posible afirmar que un procedimiento justo y racional – el equivalente constitucional chileno a la garantía de un debido proceso de ley – importará que la persona sea juzgada ante un juez competente, independiente e imparcial; que sea oportunamente informada de la demanda o acusación en su contra; que reciba un plazo adecuado para preparar su contestación o defensa; que las mismas sean efectivamente estudiadas y consideradas; que el sujeto tenga derecho a presentar prueba de

[29] La respuesta afirmativa a esta pregunta importará reconocer que la regla del art 340 inc. 2º del C. Procesal Penal, que impone a los jueces del juicio oral, formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio, ha quedado cabalmente cumplida, lo que significará que el recurso carece de todo fundamento...

[30] Cfr acerca de la importancia de este principio de eficaz administración, al efecto, mi "Los Principios del Proceso Penal en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal Chileno" en El Proecso en ..cit.pág.s 567 y sgts

descargo y a contradecir, objetar o impugnar la prueba contraria; que el juzgamiento se verifique en plazo razonable y que se le confiera el derecho a recurrir en contra de la sentencia condenatoria.

Estos atributos que, como se advierte, no son sino síntesis de las exigencias de nuestro ordenamiento positivo interno y de lo previsto en los Pactos Internacionales, ponen de relieve la total falta de fundamentos del reproche de nulidad que en el recurso se formula y demuestran que el cargo que se imputa – valoración de la prueba rendida por videoconferencia – no representa, en modo alguno, una infracción a los elementos que determinan un proceso debido, toda vez que el modo de aprehender la información resultante de la prueba, puede ser muy variable al sólo precio de que, efectivamente, los jueces tomen conocimiento directo y efectivo del material de convicción que de ella resulta.

CONCLUSIONES

1) El recurso que informo exhibe manifiestas deficiencias de formalización que deben conducir a su rechazo;

2) La interpretación cabal del artículo 340 inc. 2º, apunta a exigir a los jueces, que basen su sentencia en la prueba producida en el juicio esto, es en aquella prueba que puedan ver y oir por sus propios sentidos;

3) Lo anterior no obsta a que, por diversas circunstancias, se autorice a esos jueces a formar su convicción en prueba que no se rindió ante ellos, sino en lugar y tiempo diferentes al de realización del juicio oral, como acontece con la prueba anticipada y con la lectura de declaraciones previstas en las letras c) y d) del artículo 331;

4) Si el Código – e incluso su antecesor, aun vigente - autorizan que los jueces establezcan la responsabilidad penal de una persona por "videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido e incluso, por cualquier medio apto para producir fe", que no constituya uno de los medios de prueba tradicionales, no puede sino aceptarse que la traslación al juicio de un medio de prueba de indiscutida raigambre tradicional, como una declaración pericial, también puede verificarse a través de " un sistema de reproducción de la imagen y del sonido que es apto para producir fe"

5) Los jueces que forman su convicción en base a prueba pericial, de que toman conocimiento por video conferencia la que, según quedó establecido, constituye una modalidad de comunicación **integral, interactiva y sincrónica,** se ajustan a la exigencia del art 340 inc. 2º del Código Procesal Penal;

6) La interpretación de las normas legales que exigen estos tiempos, plenos de innovaciones técnicas, es aquella que, en palabras de Couture, asegurando la eficacia actual de la norma, permiten que el derecho prorrogue indefinidamente su vigencia hacia el futuro;

7) Admitir y ponderar una prueba pericial producida a través de videoconferencia no infringe garantía constitucional alguna – desde luego, tampoco, la de tramitarse la cuestión conforme a un procedimiento justo y racional - y, por ende, no importa incurrir en la causal de anulación prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal;

III. ARTICULOS

LA SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL NUEVO PROCESO PENAL CHILENO

GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD
Fiscal Nacional del Ministerio Público.

(*) Conferencia para las "Jornadas Latinoamericanas sobre la víctima en el proceso penal".
Santiago, agosto de 2003.

I. INTRODUCCIÓN

El día de hoy se me ha solicitado, lo que constituye sin duda un honor para mí, exponer brevemente la situación que a la víctima le corresponde en el nuevo proceso penal chileno, a la luz de nuestro Ordenamiento Jurídico constitucional y legal.

Para ello, comenzaremos pasando revista a la evolución histórica que, en el contexto internacional, ha experimentado la participación de la víctima en los procesos penales – respecto de la cual nuestra realidad nacional no ha estado ajena – para luego introducirnos de lleno en la regulación actual de la situación de la víctima en el marco del proceso penal, revisando someramente sus derechos y garantías, y la forma en que el Ministerio Público ha asumido sus deberes con relación a la misma.

El reconocimiento de la víctima como un sujeto procesal y la consagración de un amplio catálogo de derechos a su favor son, sin lugar a dudas, dos de los aspectos más relevantes del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal chileno.

En efecto, la Reforma Procesal Penal ha significado un cambio de paradigma en cuanto al sistema de persecución penal, pasando de un sistema de justicia de corte inquisitivo, administrado exclusivamente por jueces del crimen que se encargaban de investigar, acusar y juzgar, a un sistema de persecución penal acusatorio formal en que las dos primeras funciones se encuentran encargadas principalmente al fiscal, bajo la eventual supervisión del juez de garantía, mientras que la tercera queda entregada al órgano jurisdiccional.

No obstante, el profundo cambio de sistema no se ha limitado sólo a adecuaciones en la forma en que se desarrolla la persecución penal, sino que ha intentado hacerla compatible con los requerimientos de un Estado Social y Democrático de Derecho cada vez más maduro y exigente. De esta forma, ha operado una transformación parcial de la legitimación estatal para perseguir los delitos, que ya no sólo descansa en el ejercicio racional y justo del *ius puniendi*, sino también en la **consideración de los intereses concretos de los afectados u ofendidos por el delito**[31]**.**

En consecuencia, ya no bastan sólo las menciones a las necesidades de prevención general o especial, objetivando con ello a la víctima, sino que desde el 16 de diciembre de 2000, progresivamente a lo largo de todo el país, se ha inaugurado una nueva forma de hacer justicia, en que los intereses de la víctima se reconocen expresamente y se establece un estatuto especial para su participación en el proceso penal.

[31] Al respecto, SOLÉ nos señala que "Del proceso penal propio de un estado represor para con las conductas ilícitas debe avanzarse hacia un proceso penal encaminado a velar por la tutela efectiva de los derechos y libertades recogidos en la Norma Fundamental.". Lo anterior en *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 12.

Ello puesto que, gracias a la influencia de la *moderna victimología*, se ha recordado que el conflicto penal tiene su origen en una relación autor – víctima, por lo que no sólo el imputado, sino también el ofendido, deben ocupar un sitial destacado al interior del proceso en que se intenta resolver dicho conflicto.

No es posible obviar, sin embargo, que el Código de Procedimiento Penal de 1906 contenía algunas normas que, con un alcance limitado, tendían a minimizar las consecuencias perjudiciales del delito y resguardar al ofendido como, asimismo, a asegurar las responsabilidades civiles (arts. 7º y 380, ambos del CdPP 1906).

No obstante, claramente la posición de la víctima en el CdPP 1906 era marginal, lo que obedecía al carácter sumamente robusto que tiene la persecución penal pública en ese cuerpo normativo. En ese sentido, dicho Código no hace sino reflejar una tendencia histórica, en orden a concentrar en el Estado la facultad de reaccionar frente a la comisión de un delito. En este sistema, "la necesidad de control del (...) Estado sólo requerirá la presencia del individuo victimizado a los efectos de ser utilizado como testigo, esto es, para que legitime, con su presencia, el castigo estatal. Fuera de esta tarea de colaboración en la persecución penal, ninguna otra le corresponde"[32].

Sin embargo, este sistema no ha sido el único que ha existido a objeto de enfrentar los conflictos sociales de importancia. Como se ha advertido, "durante muchos siglos de la historia, la víctima jugó un papel preponderante en la solución de los conflictos sociales de relevancia, los cuales, en definitiva, eran conflictos particulares entre los sujetos involucrados. Así, mecanismos como la autotutela y la composición entre las partes eran los utilizados para la resolución de éstos y la satisfacción de los intereses de los afectados"[33].

Sólo con el surgimiento y consolidación del Estado moderno se impuso el sistema inquisitivo, en virtud del cual el Estado se hizo "cargo de regular y resolver todos aquellos conflictos definidos como penales, estimándose que su relevancia social se imponía por sobre los intereses de los particulares"[34]. En este contexto, nace la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de la voluntad de la víctima y quedando ella despojada de todas sus facultades[35]. Por consiguiente, el establecimiento del sistema inquisitivo significó una verdadera expropiación del conflicto por parte del Estado. Desaparecida la noción de daño como lo fundamental en el conflicto y pasando a convertirse la infracción cometida contra el soberano en lo medular, la figura del ofendido por el delito fue desapareciendo.

El ofendido, que inicialmente era el protagonista en la resolución del conflicto, pasó a ser el convidado de piedra del sistema criminal. Su marginación no sólo era evidente en la escasa e inorgánica normativa reconocida a su respecto, sino también el poco interés que los cultores de las ciencias penales demostraban en relación con él.

La dogmática penal, la criminología y el derecho procesal penal se centraron en el estudio del infractor: en las causas de su conducta ilícita, en la respuesta estatal frente a ésta y en el juicio donde se determinaría la procedencia de la reacción penal pública. El ofendido por el delito quedó ausente de la definición del delito, de la pena y de sus finalidades. Las necesidades e intereses de la víctima quedaron en el olvido.

En tal sentido se puso de manifiesto la insatisfacción que la operación del sistema penal inquisitivo produce en quienes han sufrido los efectos de algún delito[36], siendo ello constatado por diversos estudios.

---

[32] BOVINO, "La participación de la víctima en el procedimiento penal" en *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires 1998, p. 91.
[33] RIEGO y DUCE, o. cit, p. 55.
[34] Idem, p. 55.
[35] MAIER: "La víctima y el sistema penal" en *De los delitos y de las víctimas*, AA.VV., Ad-Hoc, 1ª ed., Buenos Aires, 1992, pp. 185 y 186.
[36] RIEGO y DUCE, "Las víctimas de los delitos en el proceso penal chileno" en *Revista de Ciencias Penales*, tomo XL, Nº 2, 1990/1993, Santiago, p. 54.

Esta situación comenzó a revertirse a partir de la segunda mitad del siglo XX, momento en que irrumpe en las ciencias penales una nueva rama de la criminología: la victimología. Sus orígenes se hallan en las obras de Von Hentig, Mendelsohn, Wolfang y Ellenberg, quienes centraron sus análisis en la interacción delincuente-ofendido, la clasificación de las víctimas, la predisposición psicológica victimal e incipientes estudios empíricos de victimización. Así, se delimitó y dio inicio al estudio científico de un nuevo sujeto de análisis: el afectado por el delito.

Un nuevo giro se provocó a partir de la década de los sesenta, en que la nueva victimología volcó su preocupación en dos ámbitos distintos. En primer lugar, en los derechos y necesidades de las víctimas y, en segundo término, en el estudio de cómo repercute la conducta de la víctima en la valoración jurídico-penal del comportamiento del partícipe del delito, dando origen de este modo a la moderna victimodogmática.

Esta nueva victimología puso en evidencia la desventajosa posición del ofendido en el proceso penal y los escasos derechos que en él podía ejercer. A grandes rasgos, se constató que una vez que el ofendido denunciaba el delito poco o nada podía hacer para decidir el curso de la persecución penal; por otra parte, solía estar desinformado respecto a su caso y a las instituciones procesales penales en general. Su derecho a reparación pecuniaria se veía medrado con la insolvencia del condenado y, a mayor abundamiento, frecuentemente se encontraba en una situación de total desamparo frente a intimidaciones o agresiones por parte del autor del delito o su familia.

Lo anterior producía el fenómeno conocido en victimología como *"victimización secundaria"*, esto es, que el paso por el sistema penal, en general, producía al ofendido por el delito una experiencia tan perturbadora como la derivada de la propia acción delictiva.

Como efecto de los avances victimológicos ya enunciados, se catalizó un creciente interés por consagrar legislativamente los derechos de las víctimas. Fueron pioneros en este sentido los ordenamientos jurídicos de Nueva Zelanda e Inglaterra, los cuales consagraron los derechos de los ofendidos por el delito en 1963 y 1964, respectivamente; mientras que en 1969 se promulga en México la Ley de protección y auxilio a las víctimas de delitos, y en el ámbito europeo continental se consolidaron progresivamente distintas legislaciones que asisten y protegen a los ofendidos: Austria (1972), Finlandia (1973), Irlanda (1974), Holanda (1975), Noruega y la República Federal Alemana (1976), Francia (1977), etcétera.

Por otra parte, es posible advertir, nuevamente a fines de los años 60 del siglo XX, un fenómeno de internacionalización del movimiento victimológico, que cristalizó en la realización de varias conferencias de victimología y en el esfuerzo de los países por convenir instrumentos mundiales relativos a los derechos de las víctimas, así por ejemplo, el texto recomendado por el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

La situación llegó al punto de que los derechos de la víctima y las obligaciones a su respecto se han plasmado de un modo específico en el ordenamiento jurídico constitucional de algunos países extranjeros. Así ha acontecido, por ejemplo, en Colombia y México.
Sin embargo, podemos aseverar que la consagración de los derechos de las víctimas ha sido la excepción en las cartas políticas del extranjero. Ello obedece a que la regulación constitucional del derecho penal y procesal penal se ha hecho tradicionalmente respecto de la posición jurídica del infractor, mas no del ofendido.

Lo anterior no ha impedido que la doctrina comparada se haya esforzado en interpretar los derechos fundamentales en el contexto del proceso penal de una forma amplia, permitiendo que sus titulares sean tanto los justiciables como las víctimas. Este análisis en todo caso no ha sido sistemático y no ha provenido del

derecho constitucional, sino del derecho penal y fundamentalmente del derecho procesal penal y la criminología.

Lo anteriormente expuesto, como ya señalamos, no es sino el reflejo de la relevancia que ha alcanzado la victimología como disciplina en el derecho comparado, sirviendo de base, en algunos casos para la consagración explícita de los derechos victimales en el ámbito constitucional, y en otros, para la reinterpretación de derechos fundamentales que sólo se habían concebido respecto del imputado.

II.- VICTIMOLOGÍA Y DERECHO CONSTITUCIONAL NACIONAL

Pasando ahora a revisar la situación de la victimología en relación con nuestro derecho constitucional, cabe destacar, en primer lugar, que el valor supremo de la Carta Política lo constituye la *dignidad de la persona*. Ésta se erige como el fundamento de todos los derechos constitucionales y su protección es el fin de tales derechos[37].

Este valor de nuestro ordenamiento jurídico constitucional obliga a respetar al sujeto en su calidad de tal, resguardándolo de vejámenes y afrentas, y a afirmar su pleno desarrollo espiritual y material.

En virtud del valor en cuestión, la persona debe concebirse como un fin en sí mismo y no como un objeto de la acción del Estado o como instrumento o medio de intereses particulares o públicos[38], ni aún con el pretexto de una investigación penal eficaz.

En el marco del valor de la dignidad de la persona víctima de un delito, la reforma constitucional introducida por la Ley N.° 19.519 de 1997 consagró dos normas que hacen referencia expresa al ofendido por el delito. La primera, prevista en el inciso primero del artículo 80 A, impone una función al Ministerio Público: adoptar medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. La segunda, contenida en el inciso segundo del mismo precepto, otorga al afectado por el ilícito un verdadero *derecho constitucional al ejercicio de la acción penal*[39].

Sin perjuicio de estas referencias expresas a la víctima, es posible decodificar los valores, derechos y garantías reconocidos por nuestra Constitución a partir de las normas legales, de forma tal que cobren plena vigencia respecto de la posición de la víctima frente al proceso penal.

Así, resulta posible comprender cómo el valor *dignidad* obliga al Estado a reconocer y hacer frente a la victimización secundaria que puede sufrir el ofendido por el delito con ocasión de su intervención en el proceso penal.

A continuación, pasaremos revista a la relación existente entre el Código Procesal Penal y los valores constitucionales de la dignidad, el debido proceso y los derechos que se consagran actualmente para las víctimas de delito.

III. LA VÍCTIMA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Pasada ya revista a algunos de los fundamentos de la incorporación de la víctima como sujeto interviniente en el nuevo proceso penal, se hace necesario precisar un concepto de víctima para tener certeza respecto quiénes podrán ejecutar dicho rol al interior del procedimiento.

---

[37] NOGUEIRA, "El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno", en *Ius et Praxis*, año 4, N.° 2, p. 65.
[38] RÍOS, "La dignidad de la persona", en *Gaceta Jurídica* , N.° 47, p. 6.
[39] HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 289.

Al respecto, el artículo 108 del Código dispone que, *"para efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito"*, es decir, no formula una definición científica de la víctima sino que sólo considera tal, para efectos del ejercicio de los derechos que reconoce, al ofendido por el delito.

Aún así, cabe observar que este artículo incurre en una tautología, puesto que las palabras víctima y ofendido son sinónimos en nuestra legislación[40], de manera que lo único que aclara el tenor de esta disposición es que se trata sólo de la víctima del delito y no del afectado por ningún otro fenómeno. Esto lleva a considerar el concepto dogmático de sujeto pasivo del delito, esto es, el titular o portador del bien jurídico protegido y en esta medida, a reflexionar en torno a los distintos bienes jurídicos.

En este sentido, BUSTOS advierte que no se debe confundir "el sujeto pasivo del delito con el sujeto pasivo de la acción, que es sólo la persona sobre que recae la acción típica, pero no necesariamente el destinatario de la protección del bien jurídico; así quien hurta a un niño el bolso de su madre, actúa sobre el niño y éste es el sujeto pasivo de la acción, pero es la madre el sujeto pasivo del delito", esto es, la titular del bien jurídico. Dice BUSTOS que "ciertamente víctima del hurto es el niño, pero el sujeto pasivo es la madre"[41].

En este último ejemplo es posible distinguir, desde un punto de vista dogmático, entre sujeto pasivo de la acción y sujeto pasivo del delito, que serían el niño y la madre, respectivamente. Sin embargo, para efectos procesal penales, puede estimarse que ambos han sido afectados por el delito, aunque de diferentes maneras, de modo que pueden entrar en la categoría de sujetos que el Código considera víctimas[42]. En general, cuando se trata de bienes jurídicos individuales -vida, salud, libertad, seguridad, honor, patrimonio- no debieran plantearse mayores problemas en incluir en la acepción del artículo 108 tanto al sujeto pasivo de la acción típica como al titular del bien jurídico, que en estos casos tienden a confundirse.

En todo caso, es importante dejar establecido que, conforme al tenor del artículo 108 del Código, no existe problema en considerar víctimas tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas[43], pudiendo presentarse la misma distinción señalada anteriormente entre la víctima y el titular del bien jurídico, como podría ocurrir, por ejemplo, en el delito de giro doloso de cheque, en que la víctima podría ser cualquier persona jurídica afectada en su patrimonio y, en su carácter de delito económico, el sujeto pasivo del mismo sería la colectividad.
Lo que no pareciera constituir espíritu de la ley es ampliar el concepto de víctima, para efectos procesal penales, a asociaciones intermedias dedicadas a la defensa de bienes jurídicos colectivos o universales o cuyos objetos se relacionen con ellos, como ha pretendido MAIER[44], pues sería difícil sostener que objetivamente han sido afectadas por un delito contra dichos bienes jurídicos, sin perjuicio de la norma del artículo 111, sobre la facultad de presentar querella.

Ahora bien, respecto del rol de la víctima en el nuevo proceso penal chileno, podemos señalar que, tomando como referencia los avances existidos al respecto en materia de victimología[45], la Constitución Política de la República y la ley procesal penal reconocen a la víctima, en cuanto sujeto con particulares intereses, un haz de derechos o facultades procesales especiales[46], que se concatena con las atribuciones generales de todo interviniente[47], conformando el estatuto jurídico de la víctima al interior del proceso penal.

---

[40] RIEGO y DUCE, o. cit., p. 61.
[41] *Manual de Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona 1994, p. 276.
[42] En contra HORVITZ y LÓPEZ, *Derecho procesal penal chileno: principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002, p. 298.
[43] En este sentido: BUSTOS y LARRAURI, *Victimología: presente y futuro*, p. 34; Riego y Duce, o. cit., p. 60.
[44] O. cit., p. 221.
[45] Véase "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder", que se incluye como anexo en la *Resolución 40-34*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 29 de noviembre de 1985.
[46] Por ejemplo, artículos 109 y 170 inciso 3º CPP.
[47] Por ejemplo, artículos 182 inciso 2º, 183 y 184 CPP.

Lo anterior se traduce en el **derecho de toda víctima al *debido proceso***, garantía que, según sabemos, encuentra su origen la quinta enmienda a la Constitución de Estados Unidos, conocida como *"Bill of rights"*, de 1791 y, especialmente, en el desarrollo que la jurisprudencia de la Corte Suprema de esa nación realiza respecto del contenido y alcance de la expresión "*due process of law*", allí contenida.

En nuestro país esta fundamental garantía encuentra actualmente consagración constitucional en el Nº 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, que la hace aplicable no sólo a la fase de juicio, sino también a la etapa preliminar, en virtud de la reforma introducida por la Ley N.° 19.519, que extendió la necesidad de racionalidad y justicia también a la fase de investigación.

Respecto de los titulares de este derecho, cabe señalar que el encabezado del artículo 19 precitado extiende su aplicación a todas las personas, lo que no se ve posteriormente limitado por el numeral 3º. No obstante, parte importante de la doctrina constitucional y procesal chilena parece inclinarse por una aplicación más restringida, dirigida sólo al sujeto pasivo del proceso. Nosotros, por el contrario, adscribimos a una tesis más extensiva, atendido que el reconocimiento del debido proceso por el poder constituyente ha sido efectuado al tratar el derecho de todas las personas, sin distinción, a la igualdad ante la justicia frente a todo órgano que ejerza jurisdicción, como asimismo, frente al Ministerio Público durante la investigación.

Lo anterior no significa que el contenido preciso de esta garantía sea el mismo respecto de todas las situaciones en que sea procedente. Ello, puesto que se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance exacto deberá ser fijado caso a caso.

Ahora bien, lo expuesto, no obsta a que reconozcamos que el derecho en cuestión se encuentra comprendido por ciertos derechos y garantías que constituyen sus notas esenciales, algunas de las cuales son aplicables tanto a la víctima como al imputado, mientras que otras hacen referencia sólo al justiciable, como por ejemplo, el derecho a ser debidamente emplazado.

En nuestra opinión, son manifestaciones esenciales del debido proceso penal, respecto de las víctimas de delito, a lo menos, las siguientes:

- Igualdad ante la justicia: se expresa básicamente en que todos los intervinientes tiene derecho a ser oídos y a formular alegaciones y presentaciones en igualdad de condiciones frente a los operadores del sistema penal con miras a influir en la resolución del conflicto. De esta forma, se da cabida a la contradicción dentro de la estructura misma del proceso penal.

- Derecho a un tribunal independiente e imparcial: para cualquier interviniente en el procedimiento penal, el reconocimiento de sus derechos se hace ilusorio si el tribunal que juzga el conflicto carece de la imparcialidad e independencia mínimas para garantizar un fallo conforme a derecho. A este respecto, cabe recordar que uno de los pilares que fundamentó la Reforma en nuestro país estuvo constituido por el énfasis puesto en la imparcialidad del juzgador, lo que redundó en una nueva estructuración de la fase de investigación y en la separación de las funciones de investigar y acusar, por una parte y las de controlar la investigación y juzgar, por la otra.

- Derecho a un juicio sin dilaciones indebidas: existen normas, aunque escasas, que permiten decodificar este derecho en el ámbito legal, así por ejemplo los artículos 234 y 247 del Código Procesal Penal que fijan un plazo para la investigación formalizada y permiten a **todos** los intervinientes solicitar el cierre de la instrucción.

- Derecho a la tutela judicial efectiva: traducido en su derecho constitucional y autónomo de hacer valer pretensiones penales al interior del proceso.

- Derecho a defensa: En sentido amplio, este derecho importa la facultad de cualquier persona a ser oída por los tribunales de justicia para reclamar el reconocimiento de un derecho y demostrar el fundamento del reclamo, así como argumentar y mostrar la falta total o parcial de lo reclamado en su contra. En este sentido, constituiría un haz de derechos en el proceso. Se trata de una concepción material que excede la meramente técnica a la que alude el texto constitucional.

Todos estos derechos, vinculados como dijimos a la garantía de debido proceso, pueden ser agrupados en dos categorías[48]:

En primer lugar encontramos las *garantías*, esto es, aquellos derechos instrumentales que sirven de base para el ejercicio de otros derechos, en este caso, al interior del proceso penal. Dentro de este importante grupo, podemos encontrar el derecho a la protección, al trato digno y a la información.

Sólo en la medida en que se asegura a la víctima la vigencia de estas garantías, ella puede encontrarse en condiciones de ejercer la segunda categoría de derechos. En este orden, encontramos la facultad para ejercer acciones y pretensiones penales, ejercer funciones de contrapeso y control sobre el aparato de justicia y ser reparada del daño causado por el delito. Ellas tienen en común dotar a la víctima de herramientas para ejercer una influencia en la persecución y decisión penal de su caso.

A continuación efectuaremos una sucinta revisión teórico-práctica del contenido de tales derechos y garantías al interior del proceso penal, para lo cual nos basaremos en los respectivos textos normativos y en la acción que respecto de la protección, respeto, fomento y difusión de tales derechos ha efectuado el Ministerio Público, a través de su División y Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y Testigos[49], encargadas, respectivamente, de velar por el cumplimiento y cumplir los deberes del Ministerio Público respecto de las víctimas y testigos[50] y a cuyo funcionamiento se referirá, dentro de esta misma Jornada, la Gerente de dicha División.

IV. PRIMERA CATEGORÍA: GARANTÍAS DE LAS VÍCTIMAS PARA PARTICIPAR EN EL PROCESO PENAL

1.- Garantía o Derecho a la Protección

No cabe duda que la sola activación del proceso penal no es suficiente para hacer cesar el conflicto que subyace, como también es claro que la efectiva participación de la víctima en dicho proceso requiere de la creación de cierto espacio de protección dentro del cual se pueda desarrollar la confianza necesaria para ejercer los derechos que le confieren las leyes y colaborar en la producción de los objetivos sociales perseguidos. El reconocimiento de un papel a cumplir dentro del proceso penal carecería de sentido sin el establecimiento de mecanismos que procuren proteger la seguridad de la víctima.

Es por ello que, en el marco de la Reforma Procesal Penal, se ha regulado el derecho de las víctimas a la protección en diversos cuerpos normativos. En primer lugar, podemos recordar lo que nos señala la Constitución Política de la República en su artículo 80 A que, al definir las funciones del Ministerio Público, le

---

[48] Para agrupar los derechos y garantías establecidos a favor de las víctimas de delito, nos basaremos en la sistematización propuesta por CONTRERAS y ROJAS, en: *Material de Apoyo Sobre la Participación de la Víctima en el Proceso Penal y los Deberes del Ministerio Público*. Ministerio Público, Fiscalía Nacional, División de Atención a Víctimas y Testigos. Inédito. Santiago, 2002, pp. 5 y ss.

[49] Es importante tener presente que la gestión de las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos no se da respecto de todos los casos con víctimas, lo cual sería prácticamente imposible. Sólo se da en los casos derivados por los fiscales a dichas Unidades Regionales, conforme a criterios de derivación establecidos previamente por el Fiscal Nacional en su Instrucción General Nº 11. Al respecto ver MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA NACIONAL. *Reforma Procesal Penal, Instrucciones Generales Nos 1 a 25*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2001, pp. 147 a 171.

[50] Artículos 20 letra f) y 34 letra e) de la Ley Nº 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

fija como una de ellas proteger a las víctimas y testigos. Misma mención tiene lugar esta vez en el artículo 1º de la Ley Nº 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

Con anterioridad a la Reforma Procesal Penal, nuestra Carta Fundamental sólo contenía una norma referida a la protección de la víctima al mencionar las causales que hacen procedente la prisión preventiva en el artículo 19 número 7 letra e.-. Dicha regulación era insuficiente, atendido a que sólo hacía referencia a una medida específica de protección, esencialmente revocable, sin posibilidad de ser sustituida por medidas alternativas y que no se hacía cargo del hecho que, muchas veces, la amenaza provenía del entorno cercano al imputado más que del imputado mismo.

La función constitucional y orgánica constitucional que se asigna actualmente al Ministerio Público es desarrollada luego, al interior del Código Procesal Penal, no sólo como deber de este organismo, sino también como derecho de toda víctima que pueda encontrarse expuesta al riesgo de atentado en contra de su vida, integridad, honor o intimidad.

Es así como se consagra, en la letra a) del artículo 109 CPP, el derecho de toda víctima a solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia, al mismo tiempo que en los incisos primero y segundo letra b) del artículo 78 CPP, se consagra el deber del Ministerio Público de adoptar medidas o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de delitos y sus familias frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados.

A lo anterior, se suman los artículos 6º y 289, también del CPP, que señalan que el Ministerio Público está obligado a velar por la protección de las víctimas de delito en todas las etapas del procedimiento penal y que se podrá limitar la publicidad de la audiencia de juicio oral cuando ello sea necesario para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio, respectivamente.

Junto con lo expuesto, cabe recordar lo dispuesto en la letra a) del artículo 83 CPP, que obliga a las policías a prestar auxilio a la víctima como primera medida, antes de realizar cualquier actividad de investigación y sin necesidad de recibir previamente instrucción particular del fiscal.

De lo expuesto se colige que *la víctima no es un objeto de protección, sino que lo protegido es el derecho de la víctima y su familia a la vida, integridad, seguridad, intimidad y honor*[51], por lo que se trata de la protección de algunos derechos que pueden verse en riesgo como consecuencia del hecho de que una persona haya sido víctima de delito o de su participación como interviniente o testigo en el proceso penal.

Lo anterior es relevante, puesto que al tratarse de protección de derechos, aún en el escenario de existir un riesgo, la persona es considerada como tal, esto es, como un sujeto de derechos capaz de decidir si acepta o no que se adopte una medida de protección en su favor. Ello constituye nuevamente una muestra del avance respecto del rol de la víctima en el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal ya que, si bien en el Código de Procedimiento Penal se señala la existencia de un tímido deber de protección, éste se ejercía directamente sobre la persona víctima y no sobre sus derechos, lo que constituía clara muestra de la "instrumentalización" del ofendido a manos del antiguo proceso penal.

[51] Los derechos señalados como objeto de protección, han sido extraídos del texto de los artículos 78 inciso segundo letra a), 109 letra a) y 289 inciso primero. Este desarrollo amplio del concepto de protección de derechos, tanto a la integridad como a la intimidad, puede ser descompuesto en dos dimensiones, una referida a la protección en el sentido estricto, entendida como protección de derechos ligados a la seguridad y vida de las personas, y otra referida a la prevención y disminución de la victimización secundaria, esto es, destinada a proteger los derechos vinculados a la esfera de intimidad de la víctima frente a las afecciones que puedan sufrir con ocasión de la participación de ésta en el proceso penal; sin perjuicio de ello, en el presente trabajo se ha preferido tratar conjuntamente ambas dimensiones.

El artículo 7° del Código de Procedimiento Penal establece la obligación de dar protección a los perjudicados, como una de las primeras diligencias del sumario y esta obligación, desde el momento en que no aparece condicionada a la ocurrencia o presencia de circunstancia alguna, debe entenderse en términos amplios en cuya virtud el juez se encuentra facultado para "adoptar cualquier medida de protección que le pueda parecer eficaz"[52].

No obstante, la aplicación del artículo 7º del antiguo Código de Procedimiento Penal, ha presentado básicamente dos problemas. Por una parte, en la práctica, los jueces no han adoptado medidas o mecanismos de protección eficaces en favor del perjudicado y, por otra, jurídicamente no se ha resuelto la cuestión de aquellas medidas de protección, distintas a la prisión preventiva, que suponen limitaciones al ejercicio de derechos conferidos o reconocidos al inculpado, o a la vigencia de alguno de los principios formativos del procedimiento penal.

Así las cosas, cabe preguntarse en qué medida el Código Procesal Penal contribuye a la solución de los dos problemas señalados.

Con relación al primero, originado en la práctica de los operadores del sistema penal, el Código ha contribuido al desarrollo de una práctica procesal más creativa y eficiente.

Este cambio no sólo se ve reflejado en la norma, sino también en la forma en que los obligados a tal protección cumplen su rol. Es así como este Fiscal Nacional, en la Instrucción General Nº 11 Sobre Atención y Protección a las Víctimas en el Nuevo Código Procesal Penal, ha señalado que "Antes de adoptar cualquier medida de protección, el fiscal solicitará la aceptación de la víctima o su familia"[53], lo que cuenta con la sola excepción de los casos en que existan indicios que permitan presumir que la voluntad de la víctima se encuentra bajo coerción.

Lo anterior ha tenido como consecuencia que, en el período que se extiende entre el inicio de la Reforma y el 15 de marzo de 2003, en las ocho regiones donde ésta regía a dicha fecha (I, II, III, IV, VII, IX, XI y XII), se han adoptado **1.976 medidas autónomas de protección a favor de los derechos de las víctimas**[54].

En efecto, las medidas aplicadas autónomamente por los fiscales para la protección de los derechos de las víctimas han consistido en: tramitación de una línea telefónica privada **(86);** establecimiento de consultas telefónicas periódicas de la policía a la víctima **(101)**; contacto prioritario telefónico de la víctima con la policía **(565);** entrega de celulares de llamada restringida, para que la víctima pueda comunicarse con el fiscal, la policía o la Unidad Regional **(31)**; rondas periódicas de Carabineros al domicilio de la víctima **(949)**; punto fijo de Carabineros **(13);** ubicación temporal en una casa de acogida **(120)**; relocalización permanente en otro lugar del país **(8)**; entrega de alarma personal **(49)**, y otras medidas **(54)**, entre las que se encuentra la instalación de botones de emergencia conectados con el cuartel policial más cercano.

Todas estas medidas se encuentran en permanente estudio y ampliación y la adopción de una o más de éstas, depende de la evaluación del riesgo de afección a los derechos en cada caso.

Junto con lo anteriormente expuesto, los fiscales, durante la investigación, han adoptado otras medidas autónomas de protección, de carácter procesal (vale decir, que producen efecto al interior del proceso), entre ellas: la reserva de identidad; el uso de claves o números correlativos para identificar a la víctima o datos relacionados con ella; el señalamiento de la fiscalía como domicilio para las notificaciones a que halla lugar; impedir la identificación visual, a través del uso de elementos que cambien la apariencia de la persona

[52] RIEGO y DUCE, o. cit., p. 70.
[53] MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA NACIONAL. O. cit., p. 164.
[54] Fuente de información: base computacional de datos de la División Nacional de Atención a las Víctimas y Testigos del Ministerio Público.

durante los traslados en las reconstituciones de escena o de otros mecanismos; realizar las diligencias de investigación fuera de la fiscalía, o evitar la individualización de la víctima en la acusación cuando se pretenda reservar su identidad en el juicio.

Las actividades efectuadas por los fiscales para la protección de las víctimas se han visto notoriamente reforzadas cuando han derivado los casos a las Unidades Regionales, las que han desarrollado evaluación de riesgo, diseñado programas de protección e implementado directamente mecanismos de protección, lo cual ha redundado en la práctica de **3.447** actividades relacionadas con medidas de protección en estos casos, para el mismo período antes reseñado.

En relación con el segundo problema antes mencionado, el Código constituye un avance respecto de la consagración de nuevas medidas de protección, que impliquen limitaciones a los derechos del imputado, aunque menos restrictivas que aquélla.

El artículo 155 del Código contempla una amplia enumeración de medidas cautelares personales distintas de la prisión preventiva, que el tribunal puede decretar y que se orientan, entre otros fines, a dar protección a la víctima, resolviéndose de este modo la segunda dificultad planteada, a partir de la inclusión de medidas desarrolladas en el derecho comparado que, en abstracto, constituyen un eficaz instrumento en la protección de las víctimas[55].

Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 5º del Código, que consagra el principio de legalidad respecto de las medidas privativas o restrictivas de libertad o de otros derechos del imputado y, obviamente, sin perjuicio de la procedencia de la prisión preventiva en aquellos casos en que las medidas recién descritas fueren insuficientes o ineficaces y se cumplieren los presupuestos legales y fácticos que la hacen aplicable.

De esa forma, el Código otorga a la víctima un lugar y la hace titular del derecho a ser protegida, reconociendo como límite el respeto de los derechos y garantías del imputado.

Ahora bien, respecto de la procedencia de otras medidas de protección, que impongan limitaciones a la vigencia de alguno de los principios formativos del procedimiento penal, en sede a lo dispuesto en el artículo 6° del Código Procesal Penal, que establece el deber genérico del Ministerio Público de velar por la protección de la víctima en todas las etapas del procedimiento penal y del tribunal de garantizarle la vigencia de sus derechos, se puede opinar, con fundamento, que tales medidas son procedentes, previa autorización judicial, en virtud de lo prescrito por el artículo 9° del mismo texto.

Como fundamento específico de tales medidas, pueden ser invocados los artículos 289 y 308 del Código Procesal Penal. El primero de estos artículos, en tanto norma que permite expresamente la limitación de la vigencia del principio formativo de la publicidad durante las audiencias de juicio oral, (que debe entenderse aplicable al juicio simplificado y a la audiencia de adelantamiento de prueba, en virtud de lo establecido por los artículos 389 y 191 inciso final del mismo Código, respectivamente). El segundo, en tanto permite al tribunal disponer todas las medidas de protección que sean necesarias para el resguardo de los derechos de un testigo, como sería el caso de una víctima que declare en juicio con fines probatorios.

Respecto de estas medidas judiciales de protección de la identidad e intimidad de las víctimas, los fiscales y las Unidades Regionales han desplegado un importante trabajo para conseguir su adopción, por parte de los tribunales, durante las audiencias judiciales.

Entre estas medidas, cabe destacar que en la actualidad la gran mayoría de los niños, niñas o adolescentes víctimas que deben declarar en juicio lo hacen desde una sala contigua al tribunal, a través de un circuito

[55] RIEGO y DUCE, o. cit., p. 72.

cerrado de televisión especialmente instalado para esos efectos. También son dignos de destacar los casos en que víctimas, tanto adultas como niños, niñas o adolescentes, han prestado declaración detrás de un panel del tipo biombo, lo que les ha permitido un contacto directo con el tribunal y evitar enfrentar físicamente al imputado.

En este mismo plano, han sido de común aplicación los mecanismos señalados para la restricción parcial de la publicidad del juicio, previstos en el artículo 289 del Código Procesal Penal. Tales medidas, en algunas ocasiones, han ido acompañadas de la reserva de domicilio del testigo víctima y de la prohibición de divulgación de su identidad durante el juicio, en virtud de lo dispuesto por el artículo 307 del Código.

Cabe destacar que, para plasmar en realidad el catálogo de medidas señaladas anteriormente, desde el año 2002 y por primera vez en la historia de nuestro país, se ha dotado al Ministerio Público de un fondo especialmente destinado al cumplimiento de los deberes de atención y protección a las víctimas de delito y testigos de cargo. Dicho fondo se encuentra regulado en su uso por un reglamento interno del Ministerio Público[56] y a él se referirá con más detalle la Gerente de la División de Atención a las Víctimas y Testigos.

2.- Garantía o Derecho al Trato Digno

El derecho a recibir un trato digno proviene directamente de la enorme importancia que nuestro texto constitucional concede al valor dignidad, ya en su propio artículo 1º.

Según afirma MAIER, la incorporación de la víctima al sistema penal "es el primer intento directo, desde el punto de vista de la base del sistema y más allá de los diferentes alcances que sugiere cada propuesta, por desmantelar un Derecho penal autoritario, tal como el que nosotros conocemos culturalmente; es uno de los intentos por humanizar el Derecho penal, en el sentido de volverlo a tratar como actividad de seres humanos concretos, individuales, personas que se interrelacionan y que, por ello mismo, tienen conflictos entre sí (...). El intento responde, más allá de los problemas que crea la realización del modelo, a la sublimación de la dignidad humana, a la estimación de que los hombres somos suficientemente capaces y estamos –o estaremos- suficientemente maduros para reflexionar y resolver entre nosotros, sin demasiados argumentos autoritarios -al menos-, aquellos conflictos en los cuales nos vemos entremezclados"[57].

A partir de ello y, según habíamos adelantado, podemos señalar que el derecho a recibir un trato digno que asiste a las víctimas en el nuevo proceso penal impone el deber de considerarlas como un *fin en sí mismas*[58].

Las normas del Código de Procedimiento Penal relativas al ofendido por el delito, que le estimaban poco más que un objeto (de prueba), son reemplazadas por otras que lo conciben como un sujeto de derecho, capaz de participar en la resolución de su conflicto y que se hacen cargo, de manera integral, de las consecuencias perjudiciales que puede acarrear para la víctima su intervención en el proceso, conocidas como *victimización secundaria*, asignando a los fiscales la tarea de impedir o mitigar esas secuelas.

Es así como, el artículo 78 CPP obliga a los fiscales, durante todo el procedimiento, a evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar las víctimas con ocasión de los trámites en que debieren intervenir. Por su parte, el artículo 6° inciso 3° del mismo cuerpo de leyes, señala que la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgar a la víctima un trato acorde con su condición de tal, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que haya de intervenir.

---

[56] *Reglamento de Aportes Económicos del Ministerio Público a las Víctimas y Testigos*, aprobado por Resolución Nº 308, de 24 de diciembre de 2001, del Fiscal Nacional del Ministerio Público. Su revisión 1 ha sido aprobada por Resolución Nº 150 de 04 de junio de 2002, del Fiscal Nacional del Ministerio Público.

[57] O. cit., p. 245.

[58] Artículo 1º inciso 4º de la Constitución Política de la República.

En este contexto, cobra relevancia la Instrucción General N.° 11[59] ya citada, según la cual, el fiscal debe tomar declaración a la víctima y conducir los careos en que ella intervenga, evitando o disminuyendo al mínimo cualquier perturbación que ésta debiere soportar con ocasión de la diligencia y empleando siempre un lenguaje adecuado a su condición de tal.

Por otra parte, tratándose de los delitos sexuales previstos en los artículos 361 a 367 bis y en el artículo 375 del Código Penal, la Instrucción señalada establece[60] que el fiscal **no** citará a la víctima a un careo, salvo cuando se estime que éste sea estrictamente indispensable para aclarar las contradicciones o discrepancias con el imputado o un testigo acerca de algún hecho o circunstancia relevante para la investigación de estos delitos.

Respecto del derecho a recibir un trato digno, cabe destacar el apoyo que las Unidades Regionales otorgan a los fiscales para que la víctima respecto de la cual concurran criterios de derivación[61] enfrente diligencias de investigación, como exámenes corporales o ruedas de reconocimiento de imputados. Sin lugar a dudas, las molestias y perturbaciones que pueden sufrir las víctimas que deban participar en tales diligencias son mucho mayores si no se cuenta con la asesoría de profesionales que puedan brindar apoyo emocional al ofendido, acompañarle a la realización de la actuación y coordinarse con la institución que la ejecutará (V.gr.: Servicio Médico Legal y Policías)

En cuanto a este último punto, cabe señalar que las Unidades Regionales han prestado una atención integral a **3.747** víctimas derivadas para tal efecto por los fiscales[62]. De esta manera, el mandato legal de disminuir al mínimo la victimización secundaria que pudiere sufrir el ofendido se convierte en una realidad palpable.

3.- Garantía o Derecho a la Información

La protección de la víctima no es suficiente para que ésta participe con plenitud en el proceso; tampoco el trato digno será bastante. Sin la información necesaria, el ofendido por el delito permanecería inactivo. Podría tener ansias de intervenir mas no sabría cómo materializar su interés en participar.

Es en este sentido que el derecho de toda víctima a ser informada resulta fundamental. Para ello, el artículo 137 del CPP impone a la mayoría de los operadores del sistema penal el deber de exhibir, en un lugar destacado y claramente visible al público, un cartel en el cual se consignen los derechos de las víctimas; junto con ello, la letra a) del inciso 2° del artículo 78 del CPP impone al Ministerio Público el deber de entregar a la víctima información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos.

Al respecto, es necesario destacar la importancia de que el fiscal, en cumplimiento de lo expuesto, al momento de tomar declaración a la víctima, le informe de los derechos contemplados en el artículo 109 del CPP y de las actividades que debiera realizar para ejercerlos. Asimismo, el fiscal debe informar a la víctima que, para ser oída antes de que se pida o resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada, debe solicitarlo expresamente.

Tratándose de las distintas formas anticipadas de poner término al procedimiento y sobreseimientos, el fiscal a cargo del caso, antes de archivar provisionalmente la investigación, ejercer la facultad de no iniciar la misma, solicitar el sobreseimiento de la causa, o comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento,

[59] MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA NACIONAL, o. cit. pp. 156 y 157.
[60] Ídem.
[61] Al respecto, ver nota 15.
[62] Dato correspondiente al período comprendido entre el 16 de diciembre de 2000 y el 15 de marzo de 2003.

debe informar a la víctima sobre el significado de su decisión, los motivos que la fundan, sus efectos penales y civiles y los derechos que puede ejercer[63].

Misma comunicación deberá efectuar el fiscal a la víctima cuando pretenda aplicar el principio de oportunidad, para que así la víctima pueda ejercer su facultad de oponerse al ejercicio de dicho principio, ante el juez de garantía o el Ministerio Público.

Junto con el Ministerio Público, corresponde también a los juzgados de garantía y a los tribunales orales en lo penal informar a la víctima sobre la necesidad de solicitud previa para ser oída, atendido a que el artículo 25 del Código Orgánico de Tribunales, modificado por la ley 19.665, establece para dichos tribunales la función de otorgar una adecuada atención, orientación e información a la víctima. Lo anterior es relevante, toda vez que la víctima, en virtud de lo dispuesto por la letra e) del artículo 109 del Código, tiene derecho a ser oída, "si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa".

Cabe señalar que todas las actividades de información expuestas también deben realizarse respecto del abogado de la víctima, si ésta ha designado uno. Así lo dispone el inciso final del artículo 78 del Código Procesal Penal.

Sobre esta materia, es relevante destacar que las Unidades Regionales han proporcionado información específica sobre el caso a **3.087** víctimas, mientras que han entregado información sobre derechos y la forma de su ejercicio a otras **2.767**, todas ellas dentro del universo de usuarios derivados por los fiscales[64].

Lo anterior se suma a la labor de difusión de derechos, desarrollada por la División Nacional y las Unidades Regionales de Atención a las Víctimas y Testigos, que ha llevado a la producción y entrega de cartillas informativas sobre diversas instituciones del nuevo proceso penal y derechos de las víctimas, así como la forma de ejercer éstos; la producción de un vídeo sobre tales derechos; el desarrollo de planes de difusión comunitaria acerca de ellos[65]; la participación en charlas explicativas, y el diseño y publicación del primer decálogo de derechos de las víctimas, entre otras numerosas acciones en este sentido. Estos instrumentos permiten a las víctimas de cualquier tipo de delito comprender mejor sus derechos y así poder ejercerlos efectivamente en los casos en que intervengan.

V. SEGUNDO GRUPO: DERECHOS MATERIALES QUE LA VÍCTIMA PUEDE EJERCER AL INTERIOR DEL PROCESO PENAL

1.- Derecho a Ejercer Acciones y Pretensiones Penales

La víctima está facultada para iniciar el procedimiento penal, poniendo en conocimiento del Ministerio Público, de funcionarios de la Policía de Investigaciones, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile, o de cualquier tribunal con competencia criminal, un hecho que revistiere caracteres de delito (art. 173 CPP).

Por otra parte, recordemos que en los delitos de acción pública previa instancia particular, previstos en el artículo 54 CPP, no puede procederse de oficio por el Ministerio Público sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o la policía. Asimismo, el nuevo Código Procesal Penal mantiene ciertos delitos de acción privada, cuyos procedimientos no pueden ser accionados por otra persona que la víctima.

---

[63] Tales obligaciones se encuentran desarrolladas en la Instrucción General N° 11, ya citada.

[64] Datos correspondientes al período entre el 16 de octubre de 2000 y el 15 de marzo de 2003.

[65] El primer Plan de Difusión Comunitaria sobre los derechos de las víctimas se ha llevado a cabo en varias comunas de la IV Región de Coquimbo, con la asesoría de la ONG FORJA.

Si la víctima quiere, además de poner en conocimiento un hecho que reviste caracteres de delito, convertirse en parte acusadora deduciendo la pretensión penal respectiva, puede presentar querella (artículos 109 letra b) y 111, inciso primero CPP).

2.- Derecho a Ejercer Funciones de Contrapeso y Control Sobre el Aparato de Justicia

Este derecho, como sostiene MAIER, se fundamenta en el hecho de que "los órganos de persecución penal, como organismos estatales, inclusive por razones de eficiencia, tienden a burocratizarse, a dar, mediante rutinas, respuestas genéricas, racionales en el mejor de los casos, pero sin atender los intereses individuales o del caso concreto. La intervención del supuesto ofendido en el procedimiento permite corregir el defecto, sacar el caso de la rutina impuesta, en general, y volverlo a las necesidades que presenta su individualidad"[66].

Pues bien, en el nuevo proceso penal, el ofendido por el delito tiene la facultad de ejercer funciones de contrapeso y control sobre la actividad del Ministerio Público y de los tribunales, que permiten que éstos adviertan y consideren sus necesidades.

2.1 Funciones de Contrapeso y Control sobre el Ministerio Público

Esta facultad puede incidir en la dirección de la investigación por parte del órgano persecutor como, asimismo, en las distintas decisiones que adopte el Ministerio Público y que conlleven la suspensión o el término del caso.

En efecto, sin perjuicio de que es el Ministerio Público quien dirige en forma exclusiva la investigación, la víctima puede solicitar al fiscal todas aquellas actuaciones de instrucción que considere pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos (art. 183 CPP). Para ello, usualmente necesitará examinar los registros y documentos de la investigación fiscal y policial, ejerciendo la facultad que tiene al respecto (arts. 182, 227 y 228 CPP).

Por otra parte, el ofendido por el delito tiene derecho a ser oído por el fiscal antes de que éste pida o se resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada. Este derecho puede ser ejercido por la víctima durante el procedimiento en la medida de que lo solicite expresamente (art. 109, letra d.- CPP).

Si las víctimas solicitan ser oídas para los efectos recién mencionados, la Instrucción General N° 11 impone ciertas obligaciones a los fiscales, en aplicación de los deberes establecidos en el art. 78 del CPP. En efecto, los fiscales deben escuchar el parecer de la víctima antes de que decidan ejercer el principio de oportunidad o solicitar la suspensión condicional del procedimiento.

Por otra parte, recordemos que la víctima puede oponerse a las formas anticipadas de poner término al procedimiento. Así, cuando el Ministerio Público archivare provisionalmente investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos, el artículo 167 CPP reconoce a la víctima la facultad de solicitarle al Ministerio Público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Esta norma parece encontrar fundamento en el hecho de que la víctima se ha visto afectada en sus intereses como consecuencia del delito y en tal medida, tiene la legitimidad para solicitar que se continúe con la persecución penal y colaborar en la resolución del caso, proponiendo diligencias de investigación. Lo anterior, sin perjuicio de su facultad de provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querella respectiva, conforme lo prescribe el artículo 169 CPP. Esto último también es aplicable al caso en que el fiscal ejerza la facultad para no iniciar la investigación (art. 168 CPP).

[66] O. cit., p. 221.

En cuanto al principio de oportunidad, el inciso 3º del artículo 170 CPP dispone que el juez de garantía dejará sin efecto la decisión del fiscal en orden a aplicar esta forma anticipada de poner término al procedimiento, cuando "la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal". Asimismo, el inciso 5º de dicho precepto permite a los intervinientes reclamar ante las autoridades del Ministerio Público de la decisión del fiscal en el plazo que señala, cuando hubiere vencido el término para pedirle al juez que la deje sin efecto o cuando hubiere sido rechazada la petición respectiva. Ello tendría como fundamento, al parecer, que si bien la aplicación de este principio ha significado en otros países el abandono de la persecución penal de los delitos de bagatela, con una importancia práctica inmensa, también ha significado un abandono de los intereses del ofendido[67].

2.2 Funciones de Contrapeso y Control sobre las Decisiones de los Tribunales

En la medida que las víctimas soliciten ser oídas por los tribunales, éstos deben escucharlas antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento, temporal o definitivo, u otra resolución que pusiere término a la causa (letra e.- del artículo 109 CPP).

Al respecto, debe tenerse en cuenta la norma del inciso 2º del artículo 69 CPP en cuanto dispone que "se entenderá la alusión al tribunal, que puede corresponder al juez de garantía, al tribunal de juicio oral en lo penal, a la Corte de Apelaciones o a la Corte Suprema", de modo que *todos estos tribunales deben oír a la víctima antes de pronunciarse sobre dichas resoluciones*, cuando ésta así lo hubiere solicitado.

Además, la víctima puede impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria que hubiere dictado el tribunal (letra f.- del artículo 109 CPP), mediante el recurso de apelación o nulidad, según el caso.

3.- Derecho a la Reparación del Daño Causado por el Delito

El CPP establece varios institutos que, real o simbólicamente, restituyen la situación en que se encuentra el ofendido al estado anterior a la comisión del delito, y que tienden a satisfacer sus intereses[68]. Junto con ello, a partir de la reforma a este cuerpo normativo, introducida por la Ley Nº 19.789, se ha convertido a los fiscales del Ministerio Público en sujetos promotores de la reparación del daño causado a la víctima (art. 6° inc. 2° CPP), lo que resulta plenamente concordante con lo dispuesto en las instrucciones generales números 34 y 68 de este Fiscal Nacional.

Según la primera de las instrucciones referidas, cuando a juicio de los fiscales procediere un acuerdo reparatorio, éstos deben desplegar una serie de actividades tendientes al logro de tal salida alternativa (así, por ejemplo, ofrecer a la víctima y al imputado que concurran voluntariamente a un centro especializado en mediación[69]). En tanto, en virtud de lo dispuesto en la instrucción general N.° 68, los fiscales deben llevar a cabo las actividades necesarias para determinar la existencia de bienes en el patrimonio del imputado, con el fin ulterior de solicitar medidas cautelares reales destinadas a asegurar el pago de costas y multas, como asimismo a garantizar las responsabilidades civiles *ex delicto*[70].

La reforma al artículo 6°, además de hacer referencia a los acuerdos reparatorios y a las medidas cautelares reales, impone a los fiscales la obligación de promover otra clase de mecanismos con la finalidad de lograr la reparación del daño causado a la víctima. Así, se estima que los fiscales, al solicitar al juez de garantía la

---

[67] HIRSCH, o. cit., p. 101.

[68] Se sigue un concepto amplio de *reparación*, propuesto por BOVINO, o. cit., pp. 95 y 96.

[69] Véase punto 19 de la Instrucción General N.° 34 del Fiscal Nacional, en MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA NACIONAL, *Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales Nos 26 a 50*. Santiago, 2001, pp. 191 a 213.

[70] Véase punto 1 de la Instrucción General N.° 68 del Fiscal Nacional, en MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA NACIONAL, *Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales Nos 51 a 75*. Santiago, 2002, p. 246.

suspensión condicional del procedimiento, tendrían que, si el imputado está en condiciones de reparar el daño, preferir aquella condición establecida en el artículo 238 letra e) del CPP, esto es, el pago o debida garantía del pago de una suma de dinero, a título de indemnización de perjuicios en favor de la víctima, según sea conveniente, atendida la naturaleza del delito.

En cuanto a la salida alternativa recién citada, cabe destacar que de una muestra de casos en que se ha pronunciado, disponible en la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, en un 32% se ha resuelto como medida el pago de una suma de dinero a título de indemnización de perjuicios a la víctima.

Lo anterior ha sido posible, en parte, gracias a la labor desplegada por los fiscales, apoyados por las Unidades Regionales, con el objeto de definir la conveniencia de la salida y la mejor condición aplicable en el caso concreto, a la luz de ciertos criterios generales de actuación emitidos previamente[71].

Ahora bien, el principal instituto que tiende a la reparación es, sin duda, el acuerdo reparatorio que puede convenir víctima e imputado, respecto de un determinado grupo de delitos que en general son de mediana gravedad, conforme al artículo 241 del CPP. Lo interesante está en que no se restringe el contenido que pueden tener estos acuerdos, los que, por tanto, pueden consistir en la simple explicación del imputado, su disculpa, un trabajo en beneficio de la víctima, una compensación pecuniaria, etc.

En materia de acuerdos reparatorios, la Instrucción General N.º 34, ha establecido que las Unidades Regionales pueden promover procesos voluntarios de mediación entre imputado y víctima, previos a la celebración de los mismos. Es así como los fiscales han derivado, hasta el 15 de marzo de 2003, 481 víctimas a las Unidades Regionales para la realización de procesos de mediación destinados a alcanzar acuerdos reparatorios, las que se suman a otras, derivadas a centros especializados en mediación penal.

Las salidas alternativas referidas constituyen mecanismos que, junto con satisfacer los intereses de reparación de la víctima, permiten al sistema de justicia penal racionalizar sus recursos "al retirar rápidamente un gran número de casos y permitir un mejor tratamiento de los casos restantes –generalmente los más graves y complejos, que demandan mayores esfuerzos persecutorios-."[72].

Por lo demás, el CPP conserva, junto con la facultad de interponer querella criminal, un *mecanismo tradicional de reparación* consistente en la posibilidad de perseguir en sede penal la responsabilidad civil proveniente del delito. La víctima, con tal propósito, puede deducir dos grupos de pretensiones civiles durante el curso del procedimiento penal: restitutorias o reparatorias.

Finalmente, en concordancia con lo anterior, cabe recordar que la letra c) del inciso segundo del artículo 78 del CPP obliga a los fiscales del Ministerio Público a informar a las víctimas sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo; así como a remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles.

VI. SÍNTESIS

Espero haber contribuido con estas breves palabras al debate y análisis que en esta Jornada se generará en torno a la situación de la víctima y sus derechos en el los procesos penales de América Latina.

---

[71] Al respecto ver Instrucción General Nº 36, del Fiscal Nacional, en MINISTERIO PÚBLICO, FISCALÍA NACIONAL, o. cit. pp. 191 a 213.

[72] BOVINO, o. cit., pp. 100-101.

A nuestro entender, parece claro que ya no es posible hablar del proceso penal sin hablar de la víctima, ni decir que el proceso penal es una construcción realizada únicamente para la defensa de los derechos del imputado y la aplicación, en definitiva, de una pena proporcional, racional y justa.

A partir de la Reforma, el conjunto de normas que regula la justicia criminal y su funcionamiento, debe ser entendido como un sistema de garantías para todos los ciudadanos y, especialmente para las víctimas de delito.

El aseguramiento de las condiciones necesarias para que el ofendido ejerza sus derechos en el procedimiento forma parte del debido proceso y, junto con la protección de los derechos de la víctima constituyen para el Ministerio Público una misión fundamental, además de un compromiso de justicia.

Muchas gracias.

LA DENOMINADA "MARIHUANA PARAGUAYA".[73]

GUILLERMO RUIZ PULIDO
Abogado Consejero
Consejo de Defensa del Esatdo

La Cannabis Sativa l.

Introducción.

No deja de sorprender lo que se ha escrito desde un punto de vista médico legal, acerca de la toximanía del ***cannabismo***. Se ha dicho que "la intoxicación aguda provoca ***embriaguez cannabica***, observada sobre todo tras ingestión de haschich. Luego de una fase de excitación eufórica, de beatitud, en que el bienestar físico y moral se asocia a un goce profundo, expansivo y comunicativo, acompañado de agitación motriz, aparecen trastornos confusionales con desorientación en el tiempo y en el espacio, abolición de la voluntad, emancipación de la imaginación, hipertrofia del yo, ilusiones y alucinaciones.

El sujeto en estado de sugestibilidad extrema y de hiperemotividad cede fácilmente a impulsos trágicos y comete crímenes o se suicida, sobre todo si es indígena, ***es decir naturalmente impulsivo***. *(La palabra asesino provendría, según Sylvestre de Sacy, de la palabra haschichin).* El acceso de borrachera termina por una fase de éxtasis onírico, de beatitud (kif), acompañado de trastornos de la personalidad; tras algunas horas sobreviene el sueño entrecortado por algún despertar.

La intoxicación crónica se observa en los que, debido al consumo habitual del cáñamo y sobre todo de la resina, se vuelven perezosos, apáticos y forman una plaga de irregulares y vagabundos más o menos en conflicto con la policía y la justicia.

En el curso de episodios agudos, confusos, con alucinaciones visuales, seguidas de amnesia, aparecen actos impulsivos, *fugas y reacciones trágicas u homicidas.*

El internamiento por demencia alcanza frecuentemente al antiguo fumador o comedor de cannabis que termina su existencia en un estado de miseria social y de desmoronamientos físico".[74]

Sobre este tema versa, en el fondo, el presente artículo.

La defensa.

1. Es frecuente que la defensa de quiénes importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, substraigan, posean, suministren, guarden o porten consigo -e incluso consuman en lugares públicos o abiertos al público la llamada "marihuana paraguaya"-(o la consuman en aquellos otros lugares a que hace referencia el artículo 41 de la Ley Nº 19.366)-, excusen su comportamiento señalando que ésta carece de ***principios activos,*** pues sólo se darían en ***las sumidades floridas de cannabis o cáñamo índico, sus flores, frutos o cañamones***; y que no son propios -por el contrario, inexistentes- en esta yerba triturada y prensada, producida y originada en la nación que su nombre indica.
   Recordemos que por sumidad se entiende el ápice o extremo más alto de una cosa.

2. Para resolver si la adecuada excusa es acertada o no, menester es conocer previamente la estructura genérica y genética de la aludida especie vegetal.

---

[73] ***Este trabajo descansa en el texto: "Todo sobre las drogas legales e ilegales" escrito en conjunto por el Doctor en Medicina y Profesor de Farmacologia, don Mario Alfonso San Juan, con doña Pilar Ibañez López, Doctora en Pedagogía y Psicología, Profesora Titular de la Universidad, editado en Madrid, en 1992, por DYKINSON.***

[74] ***C. Simonin, "Medicina legal judicial", pág. 654, Editorial Jims, Barcelona, España.***

3. La cannabis es conocida como el ***opio del pobre;*** y la ***cannabis sativa L*** "es una planta dioica, anual, de la familia de las urticales, clase de las dicotiledóneas, ***de uno a cuatro metros de altura, hojas alargadas y flores arracimadas, cultivada para la obtención del cáñamo".***

4. La planta recibe los nombres de ***cannabis índica y cannabis americana***, ***pero botánicamente es la Cannabis Sativa L.,*** denominación que interesa para los efectos legales y reglamentarios en nuestro país. Las hojas y el tallo se hallan recubiertos de resina, especialmente en los climas más cálidos, por lo que a su tacto es pegajoso. De la resina, segregada por la parte florida de la planta hembra, se obtiene un mismo producto alucinógeno que, según la zona, ha recibido los nombres de ***haschis, charas y chiras***. Recogida esta resina, se suele presentar en forma de pastillas o bastoncitos, ingiriéndosela, generalmente, al fumársela, sea sola o mezclada con tabaco u opio.

5. Las hojas y flores de la planta hembra, ***desecadas y trituradas***, se suelen fumar del mismo modo anterior: también solas o mezcladas con tabaco, recibiendo los nombres de ***marihuana, mariguana, grifa, kiffi, haschis, takcruci, bhang, haback, adjumbda, dagga y mahonga***. (En España, recibe el nombre de haschis, la picadura desecada de las hojas superiores y de las florescencias. Y el de ***grifa los tallos y hojas inferiores de la planta***. El primero es el equivalente ***al tabaco afinado*** y el segundo es la ***tagarnina).***

6. Importante es conocer el **aceite de haschis** y sus características, pues se obtiene químicamente por destilación de 15 Kg de haschis en cuarenta litros de alcohol. Es de una potencia cien veces superior al haschis y éste cien veces superior a la grifa. Por ello un Kg de aceite equivale a **10.000 Kg de planta**. Como puede verse, su equivalencia dice relación con la integridad de la planta y no sólo con las ***sumidades floridas o con sus frutos,*** como fuera de desear por la defensa de algunos imputados***.***

7. "Los derivados de la cannabis sativa se presentan fundamentalmente en tres preparaciones: a) **Marihuana,** producto que se elabora a partir **de hojas, flores y tallos de la planta** los que se dejan secar y se trituran. (Estados Unidos es uno de los principales productores mundiales). b) **Haschish,** confeccionado a partir de la **resina marrón pegajosa que se forma en la superficie de la planta, sobre todo en las flores y hojas superiores.** (El abastecimiento europeo es básicamente marroquí). c) **Aceite de haschish,** producido al tratar la resina con disolventes como el alcohol".[75]

8. "La forma habitual de su consumo es en forma de cigarrillos mezclado con tabaco, generalmente rubio, conocidos como "porros" o "canutos" -("pitos", en nuestro país)-, debiendo señalarse que el humo del cannabis es muy caliente, lo que puede provocar graves irritaciones de la garganta". "La cantidad de THC –y por tanto su potencia- varía considerablemente en función de la zona de cultivo, así como por la forma de preparación de la planta: En la marihuana la proporción de principios activos varía entre el 3 y el 10%, llegando en el haschís al 35 y 40%. El aceite de haschís puede contener hasta un 80% de tetrahidrocannabinol".[76]

9. La resina contiene hasta un cuarenta por ciento (40%) de principio alucinógeno mientras el cáñamo natural no alcanza el doce por ciento (12%).

10. El tallo y la semilla tienen muy poca cantidad de alucinógeno. **Pero no dejan de contenerlo.**

11. La resina es la parte de la planta que contiene mayor cantidad de principio activo alucinógeno; le siguen en concentración, las florescencias de la planta femenina y las hojas superiores, después los tallos verdes y finalmente el tronco. Es decir, toda la planta.

---

[75] ***Ver http://members.tripod.com/petalandia/hachísgeneral.htm***
[76] ***Id. cita anterior.***

12. La planta masculina también contiene sustancias psicoactivas.

13. Tanto en los pétalos de las flores como en las hojas de tallo o resina se han podido aislar cuatrocientos veintiuna (421) sustancias químicas. De ellas, sesenta y un (61) cannabinoides. De todos, sólo dos tienen interés por su psicoactividad:

a) El delta-g-tetrahidrocannabinol, *que es una sustancia oleosa que se encuentra en la planta,* principalmente en forma levógira, siendo su concentración media de 1,4/%º. (uno coma cuatro por mil);y,

b) El delta-6-tetrahidrocannabinol, que es un isómero del anterior y que posee una psicoactividad mucho menor *y su concentración en la planta* la es de alrededor del 0,01 por ciento.

14. En otras palabras, toda la planta contiene principios psicoactivos en mayor o menor proporción, según sea resina, florescencias de la planta femenina, hojas superiores, tallos verdes y tronco. Asimismo, la planta masculina también contiene estos principios activos aunque en menor cantidad que la femenina. (Véase Nº 14).

15. Se ha dicho también que la planta "Cannabis Sativa (L) forma parte de la familia de las cannabáceas; y que se trata de una planta herbácea anual con tallo erecto, formadas por celulosa rígida, que crece de uno a tres metros de altura; las hojas son palmiformes, de cinco a siete segmentos largos y profundamente dentadas. Las hojas se distribuyen en el tronco de dos en dos, creciendo en extremos opuestos, *excepto en los extremos de las ramas donde las hojas crecen en solitario y pueden dar lugar a flores*. Es dioica (tiene flores masculinas y femeninas en pies separados), las plantas masculinas (que crecen y duran menos que las femeninas) son más alargadas y con menos hojas y *producen flores pequeñas y blanquecinas en las que se distinguen pétalos distribuidos en racimos,* son estamníferas y portadoras del polen y la planta femenina es más baja y frondosa que las masculinas, son las portadoras de pistilos, tienen las flores en forma de ampollas reunidas en las sumidades de las ramas o las axilas de las hojas. Las flores femeninas son casi invisibles y se agrupan en espigas.
"El fruto, cañamones, tiene forma globular, de unos cinco milímetros de diámetros, de color marrón grisáceo, se emplea en alimentación, especialmente de aves y para extracción de aceites. Es de cultivo anual. De forma salvaje puede crecer en la mayoría de los lugares donde habita el hombre, pero para su cultivo óptimo se requieren climas cálidos y húmedos, por esto las zonas ideales son las sierras y montañas de regiones semitropicales, como Méjico, Colombia, Jamaica, Líbano, picos del Himalaya, las montañas del Rif (Ketama) de Marruecos, Pakistán, Afganistán y Europa Oriental...***El Cannabis contiene en los brotes florales femeninos tricomas, que son unas glándulas resinosas inapreciables a simple vista, de tacto pegajoso, que contiene una cantidad especialmente elevada de principios psicofarmacológicamente activos, los denominados "cannabinoles" o "cannabinoides" (que son en total unos sesenta compuestos). De ellos el más conocido es el THC (delta-9-tetrahidrocannabinol). En la planta la riqueza de "cannabinoles" según la parte que se trate (las "brácteas o "inflorescencias" son las que contienen más THC, luego las flores, luego las hojas; le siguen los tallos, las raíces y por último, las semillas; la cantidad de THC varía si es una planta macho o hembra (estas últimas tienen una mayor concentración de THC).*** Dependiendo del tipo de especie se variará en potencia y efectos (por variación de las cantidades y proporciones relativas de **cannabinoles**) según factores climáticos y estacionales, según el método de cultivo y de acuerdo con el origen geográfico; también por su tiempo de crecimiento, la forma de procesar los productos y la duración y las condiciones de almacenamiento son factores para la producción y conservación de los cannabinoles". En lo que respecta a "preparaciones, la resina de las plantas de cannabis es la principal fuente de principios activos responsables de la acción psicoactiva. ***Las brácteas glandulares de las hojas y de las terminaciones de los tallos exudan una resina pegajosa que cubre las flores y hojas adyacentes.*** La planta hembra segrega más resina que la macho, así como segregan más las plantas cultivadas en climas cálidos y secos. La marihuana ("grifa", "maría", "hierba") es el producto formado por las sumidades floridas (una vez obtenida de ellas la resina), la hoja, frutos, brotes y tallos blandos del cáñamo. Todo ello, una vez secos, son picados finamente. Por ello tiene apariencia de picadura de tabaco variando su

coloración según su procedencia; verdosa la marroquí, marrón obscura la colombiana y centroamericana. Generalmente se fuma sola en forma de cigarrillos ("canutos", "porros", "petardos" o "petas") o mezclada con tabaco y es la principal forma de consumo en Norteamérica aunque en España está aumentando su consumo. Suele tener entre el 1% y el 3% de tetrahidrocannabinol (THC). La "grifa" es el equivalente a la marihuana mejicana, al kifi marroquí o al bhang indio. La marihuana se adultera con hierba o paja, orégano u hojas de estramonio".[77]

16. Desde otro punto de vista es interesante mencionar que "la variedad que se utiliza como droga contiene en los brotes florales pegajosos una cantidad especialmente elevada de principios psicofarmacológicamente activos, **los denominados "cannabinoles**". ***En la planta la riqueza de cannabinoles varía según la parte que se trate (brácteas, flores, hojas, tallos, raíces, semillas); contrariamente a lo que se ha divulgado, las plantas macho y hembra de una misma variedad contienen cantidades similares de cannabinoles".***[78]

17. Penalistas de bastante relevancia han tocado también el problema de la marihuana y de su peligrosidad social. Puede mencionarse el siguiente párrafo sobre esta materia: "Los compuestos químicos de la cannabis son variados y se denominan generalmente "cannabinoides". El alcaloide con propiedad spsicoactiva es el tetrahidrocannabinol (THC), obtenido en la actualidad en forma sintética. Así los deltas 9THC y los deltas 8THC y el ácido THC. Los ácidos THC se convierten en activos por acción del calor; por ello la actividad de las preparaciones fumadas es mayor que las ingeridas. Los ácidos THC sufren una hidroxilación. La aparición en hígado y pulmón de derivados de hidroxilados (radical formado por hidrógeno y oxígeno) tiene especial interés, porque son esos y no los THC los verdaderos responsables de la psicoactividad del cannabis, especialmente el 1THC – Delta 1 tetrahidrocannabinol. De la planta o pie femenino es de donde se obtienen fundamentalmente los productos responsables de su poder alucinógeno, los cannabinoles, que se encuentran en la resina, que es la más rica en principio activo, pudiendo alcanzar el 40%; las hojas, con un porcentaje menor, aproximadamente del 12 al 16% y los cañamones, que son el fruto de la planta".[79]

18. Significa lo anterior que la llamada "marihuana paraguaya" que proviene de la especie vegetal a que nos referimos - la ***cannabis sativa L*** - y que se importa clandestinamente debidamente triturada, mezclada y prensada, contiene los principios activos mencionados en las letras a) y b) señalados anteriormente, (números 11, 12 y 14), sin consideración alguna a la naturaleza de la misma planta -femenina o masculina- y sin consideración tampoco, a tratarse de resina, florescencias de la planta femenina, de hojas superiores, tallos verdes o del tronco de la planta, femenina o masculina. ***Basta conque la yerba contenga "cannabinoles" o "cannabinoides" para afirmar la presencia del principio psicofarmacológico activo no deseado por la ley, desde el momento en que todas las partes de la planta, sus sumidades floridas, frutos y hojas unidas a las sumidades, se secan, trituran y mezclan, para producir la marihuana.***

19. Es útil agregar en este momento que el Reglamento contenido en el Decreto Nº 565 de 9 de junio de 1995, ninguna referencia hace a la mayor o menor cantidad de principios activos que deba contener la marihuana, importada o nacional, para los efectos de estimarla como una de aquellas substancias estupefacientes o psicotrópicas que no producen "dependencia física o psíquica ni graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública", para los efectos de sancionar su tráfico y consumo; ***bastando que se trate de "cannabis (cáñamo índico) sumidades floridas o con frutos de la planta del género cannabis de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se designe",*** según su artículo segundo; o bien -como señala el artículo 3º, a propósito de las especies vegetales

---

[77] ***Isidro Marín de Tessina, en www. salón. cannabis.net***

[78] ***"Farmacología de la Cannabis", por Jordi Cami, Catedrático de Farmacología de la Universidad de Pompeu Fabra y Director del Instituto Municipal de Investigación Médica de Barcelona. www.http.psicoactivos.iespana.es/psicoactivos/documentos/farmacannabis.htm***

[79] ***"Tráfico de estupefacientes y Derecho Penal". Autores, Roberto A. Falcone y Facundo L. Capparelli. Buenos Aires, septiembre del 2002.***

productoras de substancias estupefacientes o sicotrópicas- de ***Cannabis Sativa L, a la que nos hemos estado refiriendo en este artículo.***

20. En consecuencia no sería razonable sostener que la marihuana paraguaya no corresponde a la Cannabis Sativa L; y mucho menos, que los principios psicoactivos - ***"cannabinoles" o "cannabinoides-*** no se encuentren presentes en la integridad de la planta o yerba, así denominada, con ocasión de su tráfico o consumo ilícitos.

21. Por otra parte, no debe olvidarse la naturaleza jurídica de este Decreto Supremo, el que ha sido dictado por mandato del legislador en el artículo 49 de la Ley Nº 19.366, lo que a nuestro juicio le otorga el carácter de decreto con fuerza de ley y su potencia obligatoria y vinculante debe interpretarse de acuerdo con las reglas de hermenéutica dadas en el Código Civil. En otras palabras, **sólo si se trafican semillas u hojas no unidas a las sumidades deja de aplicarse el artículo 5º de la Ley Nº 19.366;** pero si el tráfico dice relación con sumidades floridas o con frutos de la planta del genero cannabis o con hojas unidas a las sumidades, su tallo u otras partes o zonas de la planta, **"cualesquiera que sea el nombre con que se designe",** que revelen la existencia de principios activos como lo son los ***"cannabinoles" o "cannabinoides", que surgen de la resina misma que conllevan***, se está en presencia de un tráfico penado por la ley. La voluntad de ésta es sancionar el tráfico de drogas o substancias estupefacientes según aparece de manera irrefutable del contexto de la ley, método inexcusable de utilizar en este instante, para examinar el artículo 2º del Reglamento relativo a la Cannabis Sativa L, en concordancia con la finalidad o teleología de la integridad de la Ley Nº 19.366. Finalmente, a lo anterior debe agregarse para la recta interpretación del reglamento que contempla a la Cannabis, cáñamo índico, lo dispuesto en el Primer Protocolo Adicional relativo al Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicos publicado en el Diario Oficial de 3 de abril de 1981 como ley de la República, a propósito de la legislación penal de los Estados contratantes, en el sentido de que el objeto material de dicha legislación es su precisión, que "es indispensable para una adecuada tipificación de las figuras delictivas, señalándose que dicho objeto se define en los siguientes términos: Estupefacientes, psicotrópicos y demás substancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, contenidos en las listas que los Gobiernos actualizarán periódicamente".

Jurisprudencia sobre la materia.

22. Aun cuando no dice relación directa e inmediata con el tema específico que estamos tratando útil es mencionar una sentencia de la Corte Suprema, de 2 de diciembre de 1992, que desestimó un recurso de casación en el fondo deducido por el Fiscal (Judicial) de la Corte de Apelaciones de Rancagua, contra un fallo de segunda instancia de ésta, que -revocando una absolutoria de primera- condenó a Eduardo Loyola Torres a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, multa y accesorias, por el delito contemplado en el artículo 2º de la Ley Nº 18.403, similar al actual Nº 2º de la Ley Nº 19.366.

El acusado mantenía en el patio de su vivienda una plantación de marihuana consistente en diecisiete matas verdes de 1,80 metros de alto y peso total de 45 Kg. aproximadamente. El informe pericial emitido por el Jefe de Laboratorio del Ambiente, Servicio de Salud, Sexta Región, señaló "que el examen farmacognósico de la muestra recibida demostró **que corresponde a sumidades floridas de Cannabis Sativa L. (cáñamo); y que el examen químico comprobó ausencia de los principios activos del Cáñamo Indiano**. Más aún: El informe del Director del Servicio de Salud, Sexta Región, con el cual se acompañó dicho protocolo de análisis, indicó que la muestra analizada corresponde a Cannabis Sativa ***sin principios activos estupefacientes y, por lo tanto, no produce daño en el organismo.*** Fue el motivo absolutorio de primera instancia. Sin embargo la Corte de Apelaciones de Rancagua revocó y condenó, como recién se dejara dicho.

El recurso de casación en el fondo mencionó como infringido al artículo 2º de la Ley Nº 18.403 y todas las normas legales adecuadas para la admisibilidad del mismo, incluyendo las reglas de interpretación ordinarias del Código Civil. Hizo consistir la infracción de ley en no haberse interpretado dicho artículo segundo en su

sentido natural y obvio, pues en opinión del recurrente el requisito de que se trate de especies "productoras de sustancias estupefacientes o psicotrópicas" "es aplicable tanto a la del género "Cannabis" como a las "otras" a que esa disposición alude. La Corte Suprema al rechazar el recurso sostuvo que el claro tenor literal del artículo 2º, que sanciona específicamente la siembra, cultivo, cosecha o posesión de especies **del género cannabis**, en circunstancias que hagan presumir el propósito de tráfico ilícito de ellas, excluye la interpretación que pretende el recurso de desatender aquel tenor literal y apelar a la intención o espíritu del legislador".[80]

El símil que puede extraerse de este fallo en relación con la argumentación utilizada para exculparse del tráfico de marihuana "prensada paraguaya", de que esta última no contendría ni se habría probado la existencia de sumidades floridas, de sus frutos o de sus hojas unidas a las sumidades, es que basta con que se trate de la planta Cannabis Sativa L, triturada, prensada o mezclada, que arroje la presencia de ***"cannabinoles" o "cannabinoides", para considerarla que en ella se contienen las sumidades floridas, sus frutos o sus hojas unidas a las sumidades en cuestión*** como el Reglamento señala.

23. Con ocasión de la causa rol Nº 4.171-C, del Tercer Juzgado de Letras de Coquimbo, además de pasta base de cocaína, se procedió a la incautación de 21 plantas, incluyendo raíz de hierba verde húmeda de aparente género cannabis sativa, de un peso total de 418 gramos. El informe del Servicio de Salud de Coquimbo, IV Región, de acuerdo con la Asesoría de Farmacia, señaló "***resultado positivo al analizarse la totalidad de la muestra, debiendo entenderse por resultado positivo la presencia de Cannabinoles, principio activo que se encuentra en las sumidades floridas del vegetal denominado Cannabis Sativa L, conocido comúnmente como marihuana".*** Señala el aludido informe, al explayarse sobre el tema, que: a) por Cannabis se entiende las sumidades floridas o con fruto de la planta de la Cannabis (a excepción de las semillas y de las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe; b) Por Resina de Cannabis se entiende toda planta del género Cannabis; y c) Por resina de Cannabis se entiende toda la resina separada en fruto o purificada obtenida de la planta Cannabis. Continúa: Estas tres definiciones son las consignadas en el artículo 1º letras a), b), c) y d) de la Convención Unica de Estupefacientes, ratificada por el Congreso Nacional, aprobada como ley de la República y promulgada por el ejecutivo mediante Decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores Nº 35 del 5 de enero de 1968; pero precisando más la letra a) podemos indicar que por sumidad debe entenderse la extremidad superior seca, en flor o con fruto, de la planta hembra de la Cannabis de los cuales no se ha extraído la resina". Agrega en lo que interesa: **"Si se confeccionan cigarrillos que han servido para fumar con partes de planta donde está la resina y ésta no ha sido previamente extraída, se ha empleado un estupefaciente prohibido".** Demás está señalar que la sentencia fue condenatoria, confirmada por la Corte de Apelaciones respectiva y acogido el recurso de casación en el fondo dirigido contra esta última, aun cuando el motivo de la casación fue por completo ajeno al tema que nos interesa.[81] (Se trató de calificación de participación en el hecho).

24. En la causa rol Nº 1256-2000 del Tercer Juzgado de Letras de Coquimbo se procedió a investigar un tráfico de estupefacientes, tanto de marihuana peruana elaborada, contenida en paquetes prensados, tipo ladrillo, enguinchados con cinta adhesiva transparente, a más pasta base de cocaína. En total, la incautación de marihuana prensada de origen peruano alcanzó 18 Kg y 250 gramos, incluyendo parte de marihuana nacional elaborada. El informe del Servicio de salud de Coquimbo por medio de su Laboratorio y Asesoría respectivas, relacionado con un gramo de hierba seca de color verde dio resultado positivo, debiendo entenderse como positivo la presencia de Cannabinoles, principio activo que se encuentra en las sumidades floridas del vegetal denominado Cannabis Sativa, conocida comúnmente como marihuana. La sentencia de primera instancia, de fecha 20 de julio de 2001 fue confirmada por la Corte de Apelaciones de La Serena el 4

---

[80] "Contra Eduardo Loyola Torres", Corte Suprema, 2 de diciembre de 1991, revista de Derecho y Jurisprudencia, Sección Cuarta, página 154.

[81] Las sentencias definitivas de ambas instancias y el fallo de casación pueden verse en Jurisprudencia/jurisprudencia on Line/Corte Suprema/1999

de octubre del mismo año. El recurso de casación en el fondo deducido para ante la Corte Suprema fue declarado inadmisible.[82]

25. Ya, bajo el imperio del nuevo Proceso Penal, con ocasión de la audiencia de control de detención, formalización y cautelares, la Fiscalía solicitó al Juez de Garantía de Coyhaique la prisión preventiva de un imputado a quien se encontró 155 gramos de marihuana prensada, contenida en un solo trozo o paquete; y 43 gramos de marihuana elaborada distribuida en 11 envases de papel de aproximadamente cuatro gramos cada uno. El informe del Director del Servicio de Salud de Aysén señaló con respecto a la sustancia incautada, que su análisis dio ***"resultados positivos para la presencia de los cannabinoles".***

El tribunal decretó la prisión preventiva del imputado.

La defensa del imputado preso recurrió de amparo ante la Corte de Apelaciones de Coyhaique sosteniendo que no se había demostrado la existencia de sumidades floridas de cannabis o cáñamo índico; y que "el hallazgo de cannabinoles ninguna luz arroja acerca de la existencia de una sustancia prohibida por la ley, puesto que cannabinoles hay tanto en las sumidades floridas como en las hojas, como en el tallo y como en las semillas de la planta". Agregó el recurso: "En otras palabras, decir que se hallaron cannabinoles es exactamente equivalente a decir que se halló marihuana, nombre vulgar de la cannabis o cáñamo índico, especie vegetal respecto de la cual se ha descrito como sustancia prohibida únicamente sus sumidades floridas, es decir, las flores, frutos o cañamones".

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique que resolvió la acción de amparo, rechazándolo, sostuvo para ello que "el artículo 3º del decreto-ley Nº 565, que aprueba el reglamento de la ley Nº 19.366, califica como especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes y psicotrópicas a que se refiere el artículo 2º de la ley Nº 19.366, entre otras, a la cannabis sativa L y, por consiguiente, el imputado, sin contar con la competente autorización transportaba especies vegetales del género cannabis, y que el informe del Servicio de Salud de Aysén señaló la presencia de cannabinolis, no puede menos que entenderse que la sustancia en cuestión es apta para producir sustancias estupefacientes o psicotrópicas" (sic).

Apelado dicho fallo y sostenido el recurso por la Defensoría y controvertido por el Ministerio Público, el 1º de julio de 2003, la Corte Suprema confirmó la decisión en alzada sobre la base de "que la resolución que se ha impugnado cumple formalmente con los requisitos que al efecto señala el artículo 140 del Código Procesal Penal". El ministro Sr. Cury, sin embargo, "estuvo por revocar el referido fallo y acoger el recurso de amparo por estimar que no existen antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el ilícito investigado".[83]

Como puede observarse, desgraciadamente, el problema no fue resuelto en cuanto al fondo promovido por la Defensoría, en circunstancias de haberse mantenido a nuestro juicio, equívocamente, el fundamento de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique que acudió al numeral 3º del decreto supremo Nº 565 de 9 de junio de 1995 para decidir sobre el tema; en circunstancias de que este número tercero se refiere a una cuestión y delito distintos, cual es la siembra, plantación, cultivo o cosecha de especies vegetales del género Cannabis u otras productoras de substancias estupefacientes o psicotrópicas previsto en el artículo 2º de la Ley Nº 19.366; y no al artículo 5º en relación con el inciso 2º de la aludida Ley, que fue el tema debatido.

Conclusión:

A nuestro juicio, cuando se trate de "marihuana paraguaya", "peruana", "colombiana" o "chilena", presentada seca, triturada, elaborada, mezclada, prensada o de cualesquiera otra forma en que no haya perdido su identidad o "vegetalidad" de Cannabis Sativa L-por usar una expresión gráfica-, en la medida en que arroje ***"cannabinoles" o "cannabinoides", que son los principios activos del THC***, nos encontramos en presencia de "otras drogas o substancias estupefacientes o psicotrópicas que no producen dependencia física o síquica ni graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública"; y que, por consiguiente, para los

---

[82] Jurisprudencia/Jurisprudencia on line/Corte Suprema/2001/Recurso de casación en el fondo.

[83] Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique de fecha 20 de junio de 2003; y la señalada, 1º de julio de 2003, de la Corte Suprema. Rol Nº 2543-03.

efectos de su sanción, es lícito recurrir a la penalidad contemplada en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley Nº 19.366. **Sólo, con un criterio penal restrictivo, deben ser excluidos de "tráfico", en términos genéricos, "*las semillas y las hojas no unidas a las sumidades"*** por expresa disposición normativa y en la medida en que puedan ser perfectamente aisladas e individualizables en cuanto tales.

- **Sentencias:**

Coyhaique, veinte de Junio de dos mil tres.
VISTOS:

De fojas 11 a 16 comparece el abogado don Cristian Arias Vicencio quien expresa que recurre de amparo ante esta Corte a favor de don Rene Yáñez González atendido que este se encuentra privado de libertad con infracción a las normas constitucionales y tratados internacionales, desde el 10 de junio de dos mil tres, por decisión de la Juez de Garantía doña Cecilia Urbina Pinto.

Expone que el amparado se encuentra privado de libertad por decisión de la Juez de Garantía doña Cecilia Urbina,, la cual se dispuso en la audiencia de control de detención y formalización, a petición del Fiscal Nain Lamas Caamaño, donde se pretendió vincular a su defendido con un delito de tráfico ilícito de estupefacientes, respecto de ciento noventa y ocho gramos de marihuana, sin que exista constancia de que sea realmente de aquellas sustancias cuya comercialización se encuentra prohibida. Que, de los antecedentes de la investigación no hay antecedentes de haberse encontrado sumidades floridas de cannabis cáñamo índico, que es la sustancia prohibida. Que en el caso en comento, se encontró marihuana, especie vegetal respecto de la cual se ha descrito como sustancia prohibida únicamente sus sumidades floridas, es decir, las flores, frutos o cañamones, no obstante el Tribunal igual dispuso su privación de libertad, sin antecedentes que acreditaran la existencia el delito. Tráfico de cannabis sólo puede serlo de sumidades floridas y no hojas o semillas, ello resulta de la descripción típica del artículo 5° de la Ley 19.366, en relación con el artículo 2° Reglamento de la citada ley.

Agrega que la privación de libertad en las circunstancias descritas atenta contra lo que dispone el artículo 19 N° 7 b) de la Constitución Política de la República, ya que no hay ningún antecedente que lo decomisado sea droga prohibida más la inexistencia de antecedentes justificativos del objeto material del delito. En la audiencia se discutió la improcedencia de la prisión preventiva, pero sus argumentos no fueron oídos, dado lo cual la prisión tampoco se ha dispuesto en forma legal.

Finalmente solicita decretar la libertad inmediata e incondicional del amparado.

De fojas 19 a 20 rola el informe de la Juez de Garantía de Coyhaique doña Cecilia Urbina Pinto quien expone que se decreta la prisión preventiva del imputado, por existir antecedentes que justifican la existencia del delito investigado y permiten presumir su participación, en calidad de autor, y por considerar que su libertad constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, atendido el carácter del delito y la gravedad de la pena asignada.

Acota, que el Ministerio Público formalizó una investigación por el delito de tráfico ilegal de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 5° de la Ley ° 19.366, ya que el día seis de mayo el imputado concurrió al domicilio ubicado en calle Monreal N° 581, lugar donde escondió aproximadamente 198 gramos de marihuana, de los cuales 155 correspondían a marihuana prensada contenida en un trozo y 43 a marihuana elaborada, la que se encontraba distribuida en once envases de papel, de aproximadamente 4 gramos cada uno. Agregó que dicha droga fue encontrada el día 07 de mayo por la dueña de casa, debajo de un tablón y ese mismo día el imputado concurrió a la casa exigiendo la entrega de las balsas que contenían la droga, pues debía entregársela a tercero. Hace presente, además que el Fiscal, indicó que el Director el Servicio de Salud de Aysén informó que con respecto a la sustancia decomisada, éstas dieron resultados positivos para la presencia de cannabinoles, e informa sobre el daño de la cannabis sobre el organismo.

Que el artículo 3° del decreto Ley N° 565, que aprueba el reglamento de la Ley N° 19.366, califica como especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes y psicotrópicas a que se refiere el artículo 2° de la Ley 19.366, entre otras la cannabis sativa L y por consiguiente el imputado, sin contar con la competente autorización,

transportaba especies vegetales del género cannabis, y que si el informe del Servicio de Salud de Aysén señaló presencia e cannabinolis no puede menos que entenderse que la sustancia en cuestión es apta para producir sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

A fojas 21, se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, el recurrente de amparo pide se decrete la libertad incondicional del amparado toda vez que no hay constancia en la investigación de que la droga decomisada sea de aquellas cuya comercialización se encuentra prohibida, como asimismo, no hay antecedentes objetivos del objeto material del delito.

SEGUNDO: Que, al informar, la Juez recurrida indica que en la causa RIT N° 296-2003 se decretó la prisión preventiva del imputado, por existir antecedentes que justifican la existencia del delito investigado y permiten presumir su participación, en calidad de autor, y por considerar que su libertad constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, atendido el carácter del delito y la gravedad de la pena asignada.

El Ministerio Público formalizó una investigación por el delito de tráfico ilegal de estupefacientes, previsto y sancionado en el artículo 5° de la Ley N° 19.366, además que el Fiscal indicó que el Director del Servicio de Salud de Aysén informó que con respecto a la sustancia decomisada, estas dieron resultados positivos para la presencia de cannabinoles, e informa sobre el daño de la cannabis sobre el organismo. Que el artículo 3° del decreto Ley N° 565, que aprueba el reglamento de la Ley N° 19.366, califica como especies vegetales productoras de sustancia estupefacientes y psicotrópicas a que se refiere el artículo 2° de la Ley 19.366, entre otras, a la cannabis sativa L y por consiguiente el imputado, sin contar con la competente autorización, transportaba especies vegetales del género cannabis, y que el informe del Servicio de Salud de Aysén señaló la presencia de cannabinolis, no puede menos que entenderse que la sustancia en cuestión es apta para producir sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

TERCERO: Que el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal dispone de una orden de detención o prisión debe emanar de una autoridad competente, en los casos previstos por la ley, cumpliéndose con las formalidades legales y siempre que exista el mérito o antecedentes que la justifiquen y de no ser así, tiene derecho a reclamar su inmediata libertad o que se subsanen los defectos denunciados.

CUARTO: Que de la lectura del acta de la audiencia de control de la detención y formalización de la investigación, como del audio de la misma, se puede constatar que existen antecedentes tanto para acreditar la existencia del delito como de la participación que le ha correspondido al imputado, teniendo especialmente presente el informe emanado del Servicio de Salud de Aysén, que comprobó la presencia de cannabinoles en la sustancias decomisada, principio activo que se encuentra en toda planta y, consecuencialmente, también en las especies decomisadas.

QUINTO: Que, en consecuencia, en la causa RIT N° 296-2003, tramitada ante el Juzgado de Garantía de Coyhaique, al dictarse la medida cautelar de prisión preventiva en contra del amparado, se ha actuado dentro del marco legal, teniendo facultades para ello y en el procedimiento permitido por la ley, por lo que la Juez no ha incurrido en ninguna ilegalidad que haga procedente acoger el presente recurso, el cual, en consecuencia será rechazado.

Por estas consideraciones y teniendo presente además, lo dispuesto en los artículos 306, 307 y 308 del Código de Procedimiento Penal, se declara **SIN LUGAR** el recurso de amparo deducido de fojas 11 a 16 por don Cristián Arias Vicencio a favor de don Rene Yáñez González.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol N° 13-2003.

PRONUNCIADA POR EL SEÑOR PRESIDENTE TITULAR SON SERGIO MORA VALLEJOS, EL SEÑOR MINISTRO TITULAR DON PEDRO LEÑAM LICANCURA Y EL SEÑOR MINISTRO SUPLENTE DON SERGIO GUSTAVO VASQUEZ PARRA. AUTORIZA DON EDMUNDO ARTURO RAMÍREZ ALVAREZ, SECRETARIO TITULAR.

EN LO PRINCIPAL: APELA; OTROSI: ACOMPAÑA DOCUMENTOS.

I. CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE

CRISTIAN ARIAS VICENCIO, en autos sobre Recurso de Amparo interpuesto a favor de don **RENE YAÑEZ GONZALEZ**, Ingreso Corte N° US. Iltma. digo:

Que vengo en interponer recurso de apelación en contra de la resolución recaída en recurso de amparo deducido en favor de don RENE YAÑEZ GONZALEZ, que es de fecha 20 de Junio de 2003, apelación que se funda en lo siguiente:

1) La sentencia Impugnada no se hace cargo del fundamento central del recurso.-

El recurso intentado se basó en la inexistencia de antecedentes que acreditaran el objeto material del delito cuestión que debió llevar a la inexorable conclusión que la privación de libertad dispuesta por la Juez recurrida carecía de todo sustento.

Si no existía objeto material del delito, es decir, sustancia prohibida, resultaba irrelevante que en la audiencia respectiva, hubieren existido o no antecedentes que acrediten "la participación que le ha correspondido al imputado", como se refiere en el Considerando Cuarto. Tal participación, fundada o no, es presunta participación que un hecho irrelevante desde un punto de vista típico.

A lo anterior se debe agregar que la participación en este hecho, es decir, la vinculación del amparado con la sustancia decomisada, estaba seriamente cuestionada ya que dicha sustancia -no prohibida- no la poseía el amparado. ni se encontraba en su poder, ni nadie vio que la hubiere dejado donde se encontró, que por cierto no correspondía a la casa habitación del amparado.

2) La resolución recurrida desconoce el texto del articulo 2° del Reglamento de la Ley N° 19.366.-

El artículo 2° del Reglamento califica como substancia o droga estupefaciente o psicotrópica, productora de dependencia física o síquica, a que se refiere el inciso segundo del artículo 1° de la Ley 19.366, que no produce los efectos indicados en su inciso primero a la *cannabis (cáñamo indico) sumidades floridas* o con frutos de la planta del género Cannabis de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se designe. *Se exceptúan las semillas y las hojas no unidas a las sumidades.*

Entonces se desconoce el texto de esta disposición que ha excluido expresamente de la sustancia prohibida algunas partes del vegetal cannabis, tales como semillas u hojas no unidas a la sumidades floridas, las cuales, aun siendo portadoras del principio activo, es decir, arrojando un resultado positivo para la presencia de cannabinoles, no por ello pueden ser objeto material de un delito de tráfico de estupefacientes tipificado en la Ley Nº 19.366. El tráfico de estupefacientes solo puede estar referido a las sumidades floridas y no a las hojas y semillas.

Si no hay constancia alguna que la sustancia decomisada fuera identificable como sumidades floridas de cannabis sativa, no estamos en presencia de una conducta típica.

3) La resolución recurrida tiene como fundamento una norma que no resulta aplicable en la especie.-

En el Considerando Segundo, el fallo impugnado hace suyos los argumentos vertidos en el informe de la Juez recurrida, el cual es reproducido en su integridad pese a la conclusión que se observa entre lo que es un delito de tráfico de estupefacientes, descrito en el artículo 5° de la Ley 19.366, en relación con el artículo 1°, cual es el cargo que pesa en contra del amparado, y el delito de "siembra, plantío, cultivo o cosecha" contemplado en el artículo 2°, que obviamente no ha sido materia de cargos en contra del amparado.

En efecto, en el Informe se señala que según el artículo 3° del Reglamento la cannabis sativa L es igualmente una sustancia prohibida, sin embargo es evidente, como fluye en su texto, que tal definición de especie vegetal prohibida se encuentra referida al delito contemplado en el artículo 2° de la ley 19.366, delito que no se imputa al amparado.

4) El fallo se basa en un antecedente de investigación que no arroja ninguna evidencia suficiente para dar por acreditado el hecho punible.

En efecto el fallo impugnado, en su Considerando Cuarto, señala en la audiencia se habría justificado la existencia del delito especialmente en merito del Informe del Servicio de Salud de Aysén que comprobó la presencia de

cannabinoles en la sustancia incautada. Copia de este informe se acompaña en el otrosí.

Lo que no dice en ninguna parte ese informe es que se haya podido determinar que la sustancia vegetal analizada efectivamente contenía sumidades floridas.

De esta manera la presencia de cannabinoles que, como bien lo destaca el fallo, corresponde al principio activo que se encuentra en toda la planta, resulta irrelevante para determinar la existencia de sumidades floridas ya que tanto las hojas, como las semillas y aun el tallo, tienen principio activo y no son sustancia prohibida.

Mas aún, lo que resulta paradojal es que, entre los antecedentes de investigación que sirvieron de sustento a la prisión preventiva se encuentre otro mas que nos da la razón: el informe del Servicio de Salud de Aysén sobre acción de cannabis en el organismo, en que se define lo que para nuestra legislación interna debe entenderse por cannabis, reproduciendo el texto del artículo 2° del Reglamento la decir: *"a) por cannabis se entiende las sumidades floridas o con fruto de las plantas de la Cannabis (a excepción de las semillas y de las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se han extraido la resina, cualquiera que sea el nombre que se las designa"*. Más aún, este mismo informe, que extrañamente sirvió como elemento de cargo, agrega una definición propia de la Convención Única de Estupefacientes: *"pero precisando más la letra a) podemos indicar que por "sumidad" debe entenderse: "la extremidad superior seca en flor o con fruto, de la planta hembra de la Cannabis de los cuales no se ha extraido la resina"*. El subrayado es nuestro y copia del Informe se acompaña en el otrosí.

POR TANTO,

SOLICITO A US. ILTMA.: Tener por interpuesto recurso de apelación en contra del fallo recaído en recurso amparo interpuesto en favor de don René Orlando Yáñez González, acogerlo a tramitación, ordenar que se eleven los autos a la Excma. Corte Suprema, para que esta, conociendo del mismo, revoque la resolución impugnada y en su lugar declare que e acoge la acción constitucional disponiendo la inmediata libertad del amparado.

OTROSÍ: Solicito a SS.I. tener por acompañadas copias simples de los Informes del Servicio de Salud de Aysén mencionados en lo Principal.

Santiago, primero de julio de dos mil tres.

Vistos:

Se reproducen los considerandos primero, segundo y cuarto.

Y teniendo, además, presente:

Que la resolución que se ha impugnado cumple formalmente con los requisitos que al efecto señala el artículo 140 del Código Procesal Penal, **se confirma** la sentencia apelada de veinte de junio en curso, escrita a fojas 22.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Cury quien estuvo por revocar el referido fallo y acoger el Recurso de Amparo por estimar que no existen antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el ilícito investigado.

Regístrese y devuélvase junto a sus agregados.

Rol Nº 2543-03

CRITERIOS DE ACTUACIÓN DE LOS FISCALES EN RELACIÓN A LA ACTIVIDAD DE LOS DEFENSORES EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

MARTA HERRERA SEGUEL
Abogada
División de Atención a las Víctimas y Testigos
Fiscalía Nacional – Ministerio Público

I. Generalidades en cuanto a la investigación en el nuevo proceso penal.

Una de las modificaciones más trascendentales del profundo cambio, tanto jurídico como cultural que implica la Reforma Procesal Penal, está constituida por la nueva estructuración de la etapa de investigación en el proceso penal. Precisamente, la definición del modelo de instrucción a adoptar fue una de las primeras decisiones que hubo de tomarse en el diseño del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal.

Como sabemos, luego de discutirse los convenientes e inconvenientes de cada una de las alternativas, se concluyó que, tanto en términos de eficiencia del sistema como de fortalecimiento de las garantías individuales involucradas, el modelo más eficaz consistía en la instrucción a cargo de un organismo autónomo, de carácter no jurisdiccional y el control de dicha instrucción a cargo de un órgano jurisdiccional.

Es así como, de acuerdo al artículo 80 A de la Constitución Política de la República y al artículo 1º de la Ley Nº 19.640, al **Ministerio Público** le corresponde "...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...".

Estas normas de jerarquía constitucional, que atribuyen a este nuevo organismo la dirección de la investigación en el nuevo sistema procesal, no hacen referencia a cualquier investigación, sino que se refieren a la investigación estatal, a la única que puede servir para fundar un proceso tendiente a atribuir participación criminal a una o más personas en determinados hechos punibles. Es por ello que dicha investigación está revestida de ciertas características, a saber:

- Dirección a cargo del Ministerio Público.
- Control a cargo del órgano jurisdiccional (juez de garantía)
- Objetividad de las actuaciones del Ministerio Público.
- Carácter preparatorio (ausencia de valor probatorio de antecedentes recopilados en ella)
- Desformalización y flexibilidad.
- Publicidad para los intervinientes, secreto para los terceros ajenos al procedimiento.
- Obligatoriedad de la persecución penal o principio de legalidad como regla general.

El hecho de que la dirección de la investigación esté a cargo del Ministerio Público, como órgano del Estado asignado en forma exclusiva a dicha tarea, implica que el mismo está dotado de la facultad de imperio. Así, el artículo 80 A inciso 3º de la Carta Fundamental dispone que "El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación". Del mismo modo y en idénticos términos lo confirma el artículo 4º de la Ley Nº 19.640. Se trata, por tanto, de una investigación de carácter coactivo.

Lo anterior se ve confirmado si analizamos los artículos 79, 80 y 180 del Código Procesal Penal.

El primero señala que tanto Policía de Investigaciones de Chile, como Carabineros de Chile, en caso de que así lo dispusiere el fiscal a cargo del caso, serán auxiliares del Ministerio Público en las tareas de investigación y deberán llevar a cabo las diligencias necesarias para cumplir los fines previstos en el Código, en especial en los artículos 180, 181 y 187, de conformidad a las instrucciones que le dirigieren los fiscales. Tratándose de delitos que dependieren de instancia privada se estará a lo dispuesto en los artículos 54 y 400 de este Código. Asimismo, le corresponderá ejecutar las medidas de coerción que se decretaren.

Lo mismo se aplicará a Gendarmería de Chile tratándose de la investigación de delitos cometidos al interior de establecimientos penales.

De acuerdo al artículo 80 del Código Procesal Penal, los funcionarios de las instituciones anteriormente señaladas, ejecutarán sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que éstos les impartieren para los efectos de la investigación, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades de la institución a la que pertenecieren.

Dichas instrucciones deberán ser cumplidas de inmediato y sin más trámite, sin que les corresponda calificar la procedencia, conveniencia y oportunidad de las mismas. Ello, sin perjuicio de requerir la exhibición de la autorización judicial previa cuando correspondiere, salvo los casos urgentes a que se refiere el inciso final del artículo 9º, en los cuales la autorización judicial se exhibirá posteriormente.

Finalmente, el artículo 180 del mismo cuerpo de leyes señala que los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos.

A mayor abundamiento, como órgano encargado de la investigación estatal, única que servirá para fundar o no un procedimiento penal, el artículo 183 del Código del ramo establece que:

"Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento **podrán solicitar al fiscal** todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.

Si el fiscal rechazare la solicitud, se podrá reclamar ante las autoridades del ministerio público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia."

Vale decir, se establece que la vía para que los intervinientes en el proceso puedan lograr la realización de diligencias de investigación que sean de su interés o que puedan ir en apoyo de sus respectivas posiciones radica exclusivamente en la decisión de este organismo autónomo, ya sea mediante el pronunciamiento del fiscal adjunto a cargo del caso o, en última instancia, del fiscal regional respectivo, como autoridad superior del Ministerio Público a la que se refiere el inciso 2º del artículo 183.

El juez de garantía respectivo, órgano jurisdiccional encargado de velar por las garantías de todos los intervinientes en el proceso, no es competente para pronunciarse acerca de reclamaciones originadas en la negativa de los fiscales de llevar a cabo ciertas diligencias de investigación solicitadas por las partes, pues ello no se condice con la estructuración del nuevo sistema, de acuerdo a la cual, el órgano encargado exclusivamente de la dirección de la investigación es el Ministerio Público. La intromisión del órgano jurisdiccional en esta materia implicaría una confusión notable en la delimitación de funciones que ha fundado el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal.

En el mismo sentido se pronuncian los artículos 93 c), 98 inciso 4º, 113 e) y 257 del Código Procesal Penal.

Los artículos 93 c) y 113 e) se refieren a la posibilidad de imputado y de querellante, respectivamente, de solicitar la práctica de diligencias de investigación al Ministerio Público.

El artículo 98 inciso 4º se refiere también a la solicitud de diligencias de investigación que puede originarse en la declaración que el imputado presta, como medio de defensa. La disposición señala que, en este caso, el juez puede **recomendar** al fiscal la realización de las mismas, cuando lo considerare necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad.

Esta disposición es bastante esclarecedora en cuanto al rol que corresponde, tanto al órgano jurisdiccional como al órgano encargado de la persecución penal en materia de diligencias de investigación. En efecto, "recomendación", de acuerdo al Diccionario Jurídico de Quijada significa, en su acepción más apropiada "4.- Sugerencia para que se obre o actúe en el sentido que parece más adecuado"[84]. Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española, define recomendación como "2.- Encargo o súplica que se hace a alguien, poniendo algo a su cuidado y diligencia". Lo que puede concluirse, en todo caso, es que "recomendación" tiene una entidad bastante distinta a "orden" en cuanto a la imperatividad que el término conlleva y que sólo en el segundo de los casos estaría presente.

Finalmente, el artículo 257 establece la posibilidad de que, una vez cerrada la investigación y citadas las partes a una audiencia para efectos de lo dispuesto en el artículo 249, los intervinientes podrán reiterar diligencias de investigación que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado. En este caso, el juez de garantía puede acoger dicha solicitud y ordenar al fiscal la reapertura de la investigación y el cumplimiento de dichas diligencias en un plazo fijado al efecto. Con ello se evita el peligro de que las partes queden al arbitrio del Ministerio Público en lo que a realización de diligencias de investigación se refiere.

En este evento y, conforme a lo dispuesto en el Instructivo General Nº 12 sobre diligencias de investigación pedidas por los intervinientes e intervención del juez de garantía "... esta atribución del Juez de Garantía de decretar la reapertura de la investigación para decretar diligencias que oportunamente se hubiesen solicitado y que el fiscal hubiere rechazado, no vulnera la norma constitucional del Art. 80 A que le entrega a éste la dirección exclusiva de la investigación penal, toda vez que el mismo precepto obliga al Ministerio Público a establecer no sólo las circunstancias que permiten acreditar el delito y la participación del imputado sino que además todo lo que fuere necesario para acreditar su inocencia. Es decir, el principio de la objetividad también tiene un respaldo constitucional y es por ello que es lícito desde un punto de vista constitucional que el Juez tenga atribuciones para decretar la reapertura de la investigación."

En definitiva, ésta constituiría la atribución más importante del órgano jurisdiccional en materia de diligencias de investigación, no obstante, tiene lugar una vez cerrada la etapa de investigación y en cumplimiento de las funciones propias del órgano jurisdiccional en dicha etapa consistente en velar por las garantías de los intervinientes y, consecuente con ello, intervenir para que el Ministerio Público dirija sus actuaciones conforme al principio de objetividad que lo debe regir.

No obstante este marco general en materia de investigación, en virtud del cual la investigación estatal está a cargo del Ministerio Público y a esta vía deben recurrir los intervinientes para la práctica de las diligencias que se estimen convenientes y útiles, no puede desconocerse que éstos pueden realizar ciertas indagaciones o averiguaciones con el objeto de aportar antecedentes conducentes al esclarecimiento de los hechos e, incluso, para fundar una solicitud de diligencia de investigación que puede llegar hasta el conocimiento del fiscal regional respectivo. Es una facultad aún más clara si pensamos que, fuera de la nueva configuración de la etapa de investigación y la entrega de su dirección a un organismo autónomo de carácter no jurisdiccional, una de las bases esenciales en el nuevo sistema procesal penal está dado por el abandono

[84] QUIJADA, Rodrigo. *Diccionario Jurídico*. Editorial Jurídica Conosur. Santiago, 1994. Pág. 542

del sistema inquisitivo y por la adopción de un modelo de corte acusatorio, regido por el principio de igualdad de las armas en su etapa de juicio oral, por lo tanto, los intervinientes tienen el derecho de recopilar todo el material probatorio que posteriormente puedan introducir a la audiencia de juicio, obviamente, dentro de los límites constitucionales y legales existentes.

En este contexto, resulta posible entonces que los defensores penales realicen indagaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos. No obstante, con relación a esta materia y, como consecuencia de ciertas prácticas de los defensores, se considera necesario analizar los siguientes puntos:

- Actividad indagatoria de los defensores.
- Deber de protección de víctimas y testigos asignado al Ministerio Público y su influencia como límite a la actividad de los defensores.
- Principio de probidad y buena fe que debe regir la actuación de los intervinientes en el proceso.

II. Actividad indagatoria de los defensores

De acuerdo al artículo 2º de la Ley Nº 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública, "La Defensoría tiene por finalidad proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía, de un tribunal de juicio oral en lo penal o de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado".

Luego, la función legal encomendada a este organismo y extensiva a todos quienes ejerzan la defensa penal pública (futuros adjudicatarios de licitaciones de la defensa penal pública) es la de proporcionar defensa.

Ahora, entendemos el término "defensa" en sentido amplio y siguiendo a Fenech como "(...) toda actividad de las partes encaminada a hacer valer en el proceso penal sus derechos e intereses, en orden a la actuación de la pretensión punitiva y la de resarcimiento, en su caso, o para impedirla, según su posición procesal"[85].

"En el fondo, la *defensa procesal* constituye la implementación en el proceso de la *participación* de los propios interesados, es decir, de aquellos que podrán verse afectados por la decisión jurisdiccional"[86]

Si bien, según expusimos al comienzo, la dirección de la investigación de los hechos que revisten caracteres de delito corresponde en forma exclusiva al Ministerio Público, según la propia definición constitucional y orgánica constitucional, quien efectúa su tarea bajo el control del juez de garantía en lo que respecta a garantías individuales, "(...) lo que puede hacer el imputado en la etapa de investigación, es recopilar por su cuenta todos los antecedentes que crea necesario para proponerlos como prueba en la contestación de la acusación"[87]. Obviamente reconociendo todas las limitaciones correspondientes, relacionadas con actuaciones que deban contar con la aprobación del juez de garantía por vulnerar derechos fundamentales o que, necesariamente, precisen obtener el consentimiento del fiscal a cargo del caso para su práctica.

El Ministerio Público ya había advertido la posibilidad de que los defensores realizaran estas actividades durante la etapa de investigación y también había advertido que dichas conductas, en algunos casos, podrían acarrear efectos injustificados para las víctimas o los testigos de cargo. Por ello, con fecha 9 de noviembre de 2001, se emitió un memorándum por la Gerente de la División de Atención a las Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional dirigido al Fiscal Nacional del Ministerio Público, recomendando ciertas actuaciones que deben seguirse frente a indagaciones de los defensores.

---

[85] Citado por CAROCCA, Alex, en *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Ediciones Jurídicas Olejnik. Santiago, 1998. Pág. 31.
[86] CAROCCA, Alex. O. Cit. Pág. 19.
[87] CAROCCA, Alex. *La Defensa Penal Pública*. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2002. Pág. 83.

A nuestro juicio, existen dos factores que deben ser considerados al momento de analizar hasta dónde se extiende la facultad de los defensores de realizar estas indagaciones y que son los siguientes:

- Principio de objetividad que rige la labor del Ministerio Público.
- Finalidad de la actividad del defensor en esta materia.

Principio de objetividad que rige la labor del Ministerio Público.

Si bien se ha insistido en que el Ministerio Público ostenta el monopolio en la dirección de la investigación y que ella es la única de carácter estatal, por lo tanto, coactiva y capaz de fundar un procedimiento y una posterior sentencia en materia penal, resulta imprescindible reconocer que este organismo autónomo y jerarquizado no tiene como objetivo la obtención de sentencias condenatorias y, por ende, en forma previa, una investigación que sólo sirva para tal objeto, sino que tiene como objetivo fundamental la correcta aplicación de la ley penal.

En tal sentido, no se pretende que todas las investigaciones iniciadas por el Ministerio Público lleguen a juicio oral o a alguno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos creados por el nuevo sistema, sino sólo alcanzar la finalidad antes expuesta. Por lo tanto si, por ejemplo, de acuerdo a los antecedentes que se han obtenido en la investigación, el ente persecutor logra la convicción de que no se ha cometido un ilícito o que, habiéndose cometido uno no ha correspondido al imputado una participación culpable en el mismo, no existirá ningún tipo de juicio ni salida alternativa sino una solicitud de sobreseimiento definitivo o, si existen dudas, se podrá decidir que no se perseverará en el procedimiento y el Ministerio Público habrá cumplido fielmente con las funciones que la Constitución y la ley le encomiendan.

Lo anterior se funda en el hecho de que un principio esencial que regula la labor del Ministerio Público es el de la objetividad, descrito ya en la propia definición que de este organismo realizan los artículos 80 A inciso 1º de la Constitución Política y 1º inciso 1º de la Ley Orgánica Constitucional al señalar que su función es la de "(...) 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**(...)" y, de forma más específica, el artículo 3º de la Ley Nº 19.640 al señalar 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 la eximan de ella, la extingan o atenúen**".

Si bien, por razones lógicas, esto no puede significar que el Ministerio Público se avoque a la investigación de todas aquellas circunstancias que puedan llegar a afirmar la exculpación del imputado o una atenuación de su responsabilidad penal, sí implica que el Ministerio Público debe cumplir un rol de receptáculo respecto de todos aquellos antecedentes que puedan importar las situaciones referidas anteriormente. Respecto de este principio, concordamos con lo expuesto por Duce en el sentido de que "En primer término, pareciera razonable exigir que, en virtud de este principio, el Ministerio Público deba chequear mediante su investigación hipótesis fácticas de exclusión o atenuación de responsabilidad plausibles y serias argumentadas por la defensa con el objetivo de confirmarlas o descartarlas, **pero no resultaría razonable que investigara todas y cada una de las hipótesis posibles si ellas no tienen un sustento en su propia investigación.** Esto es lo que llamaría un deber de profesionalismo del Ministerio Público en la investigación (...)", ello sumado a los principios de lealtad y buena fe que deben informar la labor de este organismo.[88]

En esta línea, parece lógico razonar en el sentido de que el producto de las averiguaciones e indagaciones efectuadas por la Defensa para lograr acreditar la inocencia de su representado o una atenuación de su

[88] DUCE, Mauricio. "El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal" en la obra colectiva *Nuevo Proceso Penal*. Editorial Jurídica Conosur. Santiago, 2000. Pp. 396 y ss.

responsabilidad en un futuro juicio oral no sean mantenidas al margen del conocimiento del Ministerio Público ya que, insistimos, en la etapa de investigación este organismo no es una contraparte que tenga como objetivo desacreditar todo lo dicho por la Defensa sino que es el ente que dirige la investigación, la cual tiene por objeto determinar la participación culpable o la inocencia del imputado.

Establecida la investigación como una etapa NO concebida únicamente para acumular material probatorio de cargo contra el imputado, cuya dirección está a cargo del Ministerio Público quien, por lo tanto, tiene como criterio que rige su actuación únicamente la correcta aplicación de la ley penal, resulta lógico estimar que todas las diligencias de investigación pasen por este organismo quien, en definitiva, puede llegar a la convicción, con anterioridad a la realización de cualquier juicio, de la inocencia del imputado y así se lograría un notable ahorro de recursos para el sistema procesal penal y, por tanto, se cumpliría con otro de los importantes objetivos del nuevo sistema: una eficaz administración de los recursos.

Así lo reconoce el ex Defensor Nacional Alex Carocca quien sostiene que "(...) podría tratarse de una diligencia que no precise de tal aprobación [judicial], como podría ser la citación a un determinado testigo, requerir antecedentes públicos, etc. pero el **imputado solicita que las practique el fiscal para que se convenza de la efectividad de las alegaciones de la defensa**"[89].

No obstante, si la defensa decide realizar indagaciones, no con el fin de lograr la convicción del Ministerio Público sino, directamente, la del órgano jurisdiccional a través de la realización de un juicio y, por lo tanto, prefiere mantener sus antecedentes fuera del conocimiento del Ministerio Público hasta la etapa intermedia, (en que deberá exhibirlos por respeto al *discovery*), creemos que se trata de una opción válida considerando que su función es la de proporcionar defensa penal y en esta actividad entendemos incluida la realización de las actuaciones necesarias para avalar su posición dentro del proceso.

Sin embargo, dicha actividad reviste cierta complejidad y precisa ciertas delimitaciones que dicen relación con el punto al que nos referimos a continuación.

Finalidad de la actividad del defensor en esta materia

Si bien se reconoce la actividad de los defensores en la etapa de investigación, es fundamental definir claramente los límites de estas actuaciones en conformidad a los fines perseguidos. Esto pues, más allá de todo lo que se pueda haber expuesto en términos teóricos, se han presentado problemas concretos en la práctica que no sólo conducen a cuestionarse el límite de estas actividades a la luz de lo dispuesto en el Ordenamiento Jurídico y lo afirmado por la doctrina sino que han puesto en tela de juicio los derechos que a ciertos intervinientes le corresponden dentro del proceso, concretamente, nos referimos a la situación de la víctima.

Conforme a lo que se ha venido señalando y al concepto de defensa en sentido amplio que hemos utilizado, es preciso concluir que la actividad de los defensores en la etapa de investigación puede estar dirigida únicamente a reunir material que puede posteriormente ofrecerse e introducirse como prueba en la oportunidad procesal correspondiente, para efectos de acreditar su posición en el proceso, en orden a lograr la absolución de su representado o una atenuación de su responsabilidad.

Así, en el ordenamiento español y pensando en la situación del ofendido por el delito se ha sostenido que "Si bien la persecución de los delitos es tarea del Estado, no es posible deducir de ello que existe un monopolio estatal **absoluto** respecto a la realización de las investigaciones en el proceso penal, del mismo modo que al

[89] CAROCCA, Alex. *La Defensa Penal Pública*. Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2002. Pág. 83. El destacado es nuestro.

ofendido por el delito le asiste el derecho a participar en el enjuiciamiento punitivo, de forma activa bajo la forma jurídica de la acusación particular"[90]

Sin embargo, en nuestra legislación, el tema presenta el problema de que la definición de la propia carta política habla de dirección exclusiva de la investigación por parte del Ministerio Público, por lo tanto, exige una interpretación más restrictiva respecto a la actividad del resto de los intervinientes en esta materia. Así, el imputado (y su defensa) podrá recopilar antecedentes probatorios, "Sin embargo, cuando se trate de diligencias de investigación que puedan afectar derechos fundamentales, tales como las de ingresar a un domicilio privado, interceptar comunicaciones o correspondencia, etc., es decir, todas aquellas que requieren previa autorización judicial, el imputado deberá solicitar al fiscal a cargo del caso que las lleve a cabo, requiriendo el permiso jurisdiccional. También podría tratarse de una diligencia que no precise de tal aprobación, como podría ser la citación a un determinado testigo, requerir antecedentes públicos, etc. pero el imputado solicita que las practique el fiscal para que se convenza de la efectividad de las alegaciones de la defensa"[91].

Según el Diccionario de la Real Academia Española, investigar significa "1.- Hacer diligencias para descubrir algo. 2.- Realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia.". Por otra parte, indagar significa "1.- Intentar averiguar, inquirir algo discurriendo o con preguntas." Y, finalmente , "averiguar" es "1. Inquirir la verdad hasta descubrirla."

En síntesis, podemos afirmar que se trata de términos sinónimos y que, por lo tanto, la diferencia entre la investigación que realiza el Estado a través del órgano facultado a tal efecto se diferencia de las investigaciones privadas o particulares en su carácter coactivo y en el hecho de ser la única que sirve como fundamento para una acusación o requerimiento, en definitiva, para la realización de un verdadero procedimiento penal, es decir, se trata de la investigación oficial.

El punto ahora radica en determinar si estas actividades que los defensores realicen durante la investigación, por el hecho de revestir un carácter aún más informal que la oficial y tener menor entidad que la misma (ya que de no ser así seguramente requeriría de aprobación del órgano jurisdiccional o de su cumplimiento vía órgano de persecución penal), ¿Están sometidas a un control menos riguroso que la actividad del Ministerio Público?.

En el sistema alemán, cuando el ofendido por el delito o un tercero, bajo encargo suyo, - situación que podemos hacer extensible a las investigaciones particulares intentadas por la defensa - obtiene fuentes de prueba de manera ilícita y las pone a disposición de la autoridad de investigación, conforme al pensamiento de la doctrina mayoritaria de ese país, tales pruebas serían eficaces. Se sostiene que los parágrafos que regulan los métodos probatorios prohibidos sólo están referidos a los órganos de persecución penal. La excepción sólo estaría dada para casos absolutamente extremos que impliquen violación de derechos fundamentales reconocidos por la Ley Fundamental de la República Federal Alemana.[92]

En el sistema de los Estados Unidos de América, la cuarta enmienda, que limita el poder de los órganos de persecución criminal en la investigación de los delitos, no es aplicable a las investigaciones realizadas por particulares. "En otras palabras, en la jurisprudencia norteamericana la *exclusionary rule* no entra en juego cuando se trata de pruebas obtenidas ilegalmente por particulares, por considerar que su objetivo fundamental es el control de las actuaciones policiales. Excepcionalmente, la cuarta enmienda será aplicable

[90] NÚÑEZ OJEDA, Raúl. "El ofendido por el delito y la prueba" en la obra colectiva *La prueba en el nuevo proceso penal oral.* Editorial Lexis Nexis. Santiago, 2003. Pág. 116. El destacado es nuestro.
[91] CAROCCA, Alex. O. Cit. Pág. 83.
[92] NÚÑEZ OJEDA, Raúl. O. Cit. Pág. 117.

a las investigaciones realizadas por particulares cuando éstos actúen como instrumentos o agentes del gobierno(...)"[93]

Ahora, ¿cuál es la situación en el Derecho Chileno?. Una primera aproximación al tema la otorga el artículo 277 del Código Procesal Penal que pareciera confirmar las posturas de Alemania y Estados Unidos. En efecto, dicha disposición legal establece que el auto de apertura del juicio oral será apelable sólo por el Ministerio Público cuando se hubiere excluido prueba que proviniere de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

De ello se podría colegir que sólo el órgano encargado de la persecución penal podría incurrir en la proposición de prueba ilícita.

No obstante, esto no fue establecido, a lo menos en forma explícita, en la historia fidedigna del establecimiento del Código Procesal. Es más, de acuerdo a una interpretación basada en el elemento histórico, podríamos obtener una conclusión diferente.

Así, se sabe que "Causó preocupación en el Senado la norma contenida en el inciso 2º, que permite al juez rechazar pruebas, sin que esta resolución pueda ser apelable, lo que podría significar dejar a una de las partes en la indefensión antes de empezar el juicio, especialmente en lo que dice relación con la prueba ilícita y aquellas que puedan estimarse dilatorias porque van a quedar entregadas al criterio del juez de garantía sin revisión posterior."

"(...) 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"[94]**

Es decir, del debate parlamentario es posible inferir que los demás intervinientes también podían verse afectados por la exclusión de una de sus pruebas ofrecidas en la oportunidad procesal correspondiente, por la misma causa que la señalada para el Ministerio Público y que, por ello, se dejó a salvo a su respecto el recurso de nulidad que procediere conforme a las reglas generales.

En este punto el Doctor en Derecho, Héctor Hernández, estima que la exclusión de la prueba ilícita sólo tiene cabida respecto de la acusación y no de la defensa ya que dicha exclusión tiene como fundamento la preservación de condiciones de legitimidad del ejercicio del *ius puniendi* estatal. Afirma, además, que ésta es la situación dominante en derecho comparado, citando los casos de Estados Unidos y Alemania, a los que ya habíamos hecho referencia.[95].

No obstante para este autor, la diferencia no radica en la investigación estatal y las particulares, sino que radica en investigaciones de la defensa y de los acusadores (sean éstos estatales o particulares). A su juicio, la actividad indagatoria de la defensa queda al margen de lo que conocemos como prueba ilícita, principalmente, por el fundamento expuesto en el párrafo anterior y, en segundo lugar, porque de así

[93] Ibíd. Pág. 118.
[94] PFEFFER URQUIAGA, Emilio. *Código Procesal Penal. Anotado y Concordado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2001. Pág. 285. El destacado es nuestro.
[95] HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. *La Exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno,* en Colección de Investigaciones Jurídicas Nº 2. Ediciones Escuela de Derecho Universidad Alberto Hurtado. Pág. 64.

considerarla se atentaría contra el principio de objetividad del Ministerio Público que no puede mantenerse indiferente ante material exculpatorio respecto del imputado, tenga éste origen lícito o ilícito. En cambio, respecto de los acusadores, aún siendo particulares, no ve razón alguna para no aplicar la exclusión de la prueba ilícita frente a actuaciones estrictamente privadas no sólo porque el Estado está obligado a velar por el irrestricto respecto de las garantías fundamentales sino porque de no verificarse tal exclusión el Estado estaría usando como fundamento de una eventual condena el resultado de una vulneración constitucional. Señala que en la medida en que el *ius puniendi* del Estado pasa a compartirse con los particulares, no puede sino extenderse a ellos la sanción de exclusión por sus actuaciones ilícitas.[96]

Pese a que este razonamiento parece coherente y que es dable pensar que en sus inicios la calificación de ilicitud de una determinada probanza fue establecida a objeto de limitar o controlar las actuaciones de los agentes estatales, creemos que esta situación sufrió cambios respecto de su concepción inicial. En el mismo sentido podemos recordar que las conductas constitutivas de violencia intrafamiliar no habían sido consideradas, en un principio, como un atentado contra los derechos humanos de las personas por tener su origen en el ámbito privado y tratarse, en consecuencia, de vulneraciones que no habilitaban a los estados para intervenir. Ello se fundaba en la propia teoría de los derechos humanos que nace a partir de la violación de los agentes del Estado a los derechos fundamentales de las personas, por acciones vinculadas al ámbito público. Sin embargo, alrededor de la década de los ochenta, se produce una reconceptualización de los derechos humanos en esta materia y se reconoce que una agresión al interior de la familia es, precisamente, una vulneración a los derechos más básicos de toda persona, puesto que afecta garantías fundamentales como la vida y la integridad física, entre otras y que, aun cuando sea ejercida por particulares no impide al Estado intervenir en su rol de garante de los derechos de las personas sino que más bien, se lo exige.

En el mismo sentido, creemos que la concepción de prueba ilícita, ligada a la actuación de los agentes estatales, exige en la actualidad una interpretación más acorde con los principios y normas que constituyen nuestro nuevo sistema de enjuiciamiento criminal. De esta forma, sabemos que una de las ideas fuerza del mismo estuvo dado por el fortalecimiento de las garantías individuales de **los intervinientes** en el proceso. Si bien esta idea ha destacado bastante en lo relativo a los derechos y garantías del imputado, es claro que el tema no se agota en este sujeto procesal sino que alcanza a todos los intervinientes y entre ellos, con notable importancia, a la víctima del ilícito. Consecuente con ello, **no resulta posible concluir que la actividad del imputado o de su defensa tendiente a recopilar material probatorio pueda afectar derechos o garantías de los demás intervinientes en el proceso y quedar exento de control o de sanción**.

Lo anterior no es un razonamiento fundado sólo en principios sino que reconoce también fundamento positivo. Así, debemos recordar que el artículo 19 Nº 3 de nuestra Constitución Política asegura a todas las personas el derecho a un proceso y a una investigación racionales y justos. Si bien esta norma constitucional fue modificada a efectos de incluir la labor de la investigación cuando se creó, con rango constitucional, el Ministerio Público, debemos entenderla en el sentido de que todas las personas tienen derecho a que la etapa de investigación en un proceso en que se encuentran involucradas se lleve a cabo con pleno respeto a los derechos y garantías que a cada uno le corresponden y les son asegurados.

La Constitución Política, además de asegurar a las víctimas (como a cualquier persona) el derecho a un debido proceso, le asegura una debida protección, encomendando ésta al órgano encargado de la persecución penal y le confiere, además, el derecho a ejercer la acción penal.

En rango legal, el Código Procesal Penal establece un catálogo de derechos a favor de las víctimas que podemos, a grandes rasgos, clasificarlos como: derecho al trato digno, derecho a la información, derecho a la

[96] Ibíd. Pp. 64-67.

protección, derecho a ejercer pretensiones penales, derecho a ejercer funciones de control y contrapeso sobre el aparato de justicia en general y derecho a la reparación.

El Ministerio Público tiene un rol fundamental en la concreción de estos derechos, no obstante, no es el único que debe preocuparse de los mismos y así podemos encontrar ciertos deberes establecidos para el órgano jurisdiccional y para las policías. Sin embargo, lo que parece aún de mayor significación es que logre advertirse que todos los actores del sistema penal deben adecuar sus actuaciones a estas normas y principios inspiradores y, por lo tanto, que aun cuando el imputado o su defensa no tengan la obligación de materializar los derechos que el sistema reconoce a la víctima no están exentos del deber de respetar los mismos y, por el contrario, están sujetos a la prohibición de desconocerlos.

Nos parece que éste es un límite que no puede dejar de desconocerse respecto de la actividad de los defensores en la etapa de investigación, más allá de las disquisiciones teóricas tendientes a determinar si la prueba ilícita puede tener origen en las actuaciones de privados. Vale decir, más allá de dicha discusión, lo importante es establecer el límite en el respeto de los derechos y garantías de los intervinientes en el proceso. Siendo la actividad de imputado y defensor una actividad no oficial dentro de la etapa de investigación, estimamos que el control y el apego a las normas debe ser sumamente estricto de modo de no ocasionar un desprestigio del sistema.

Por lo demás y siempre dentro del ámbito del respeto a los derechos de los intervinientes, la primera limitación estará constituida por el reconocimiento de que la actividad del imputado o su defensa en la etapa de investigación SÓLO puede estar orientada a recopilar antecedentes que puedan hacer valer posteriormente en apoyo de sus pretensiones o que puedan aportar al fiscal para lograr la realización de ciertas diligencias por el órgano encargado de la persecución penal.

Lo anterior puede resultar bastante obvio, sin embargo, en la práctica, no ha sido entendido siempre de la misma forma. En efecto, en más de una ocasión se han detectado conductas de funcionarios de la Defensoría Penal que no han tenido como finalidad la obtención de material probatorio de descargo y que han implicado un desconocimiento de los derechos a los que hemos hecho referencia[97].

[97] Así, en la XII Región, funcionarios de la Defensoría Penal se han constituido en el domicilio de la víctima con el objeto de convencerla de que se desista del procedimiento que se sigue adelante contra el imputado. Es evidente que, en un sistema como el nuestro en que la mayoría de los delitos son de acción penal pública, en términos prácticos, no es relevante la conducta del ofendido por el delito en cuanto a desistirse de su denuncia contra el imputado. Sin embargo, esta actitud de la Defensa tiene una doble connotación: en primer lugar, se pretende obtener que la víctima del delito no colabore con la actividad del Ministerio Público y, por la misma vía, restarle un posible medio de prueba a este interviniente y, en segundo lugar y lo que parece mucho más grave, tiende a impedir el derecho constitucional que tiene el ofendido por el delito de ejercer pretensiones penales. En efecto, el ejercicio de la acción penal pública no está restringido al Ministerio Público sino que corresponde también a la víctima. Si funcionarios de la Defensoría Penal se constituyen en el domicilio de la víctima, intentan confundirla y convencerla de que el imputado está arrepentido de su conducta, le entregan una carta del mismo solicitando que "retire la denuncia en la fiscalía", ¿No se está afectando, en alguna medida, el derecho que le consagra el artículo 80 A inciso 2º de la Constitución Política? ¿Se está permitiendo un ejercicio libre e informado de los derechos y facultades que a este interviniente le asisten?.

Por otra parte, esta conducta ¿tiene como finalidad recopilar antecedentes probatorios de descargo a favor del imputado?. Claramente la respuesta es negativa, el pretender que la fiscalía pierda una de sus potenciales pruebas NO es equivalente a realizar averiguaciones para apoyar su teoría del caso, conforme a un adecuado derecho de defensa, sino que excede el mismo y se constituye en una conducta inadecuada que, además, potencialmente vulnera derechos asegurados a la víctima permitiendo que cobren vigor los artículos 109 a) y 78 b) del Código Procesal Penal.

Concretamente nos referimos al caso RUC 0300062548-4, seguido por el delito de robo por sorpresa. La víctima de este caso fue visitada por dos funcionarios de la Defensoría, los cuales, según manifestó la primera a la fiscalía, comenzaron a tratar de confundirla en sus dichos y, en suma, a comunicarle que el imputado estaba arrepentido de lo sucedido y procedieron a entregarle una carta del mismo. Por lo demás, esta víctima ya se había entrevistado con la Defensa. Como consecuencia de lo anterior, el fiscal a cargo del caso solicitó una audiencia al juez de garantía para efectos de discutir una vulneración de los derechos de la víctima y que éste, en razón de las facultades que les son propias, adoptara las decisiones correspondientes. En la audiencia, el tribunal de garantía resolvió que la actividad de los funcionarios de la Defensoría no constituían hostigamiento, amenaza o atentado en contra de la víctima o su

Sin embargo, la situación se vuelve más compleja cuando consideramos prácticas de los defensores penales que, más allá de vulnerar derechos de los intervinientes, permiten ser subsumidas en tipos penales concretos. En efecto, en el afán de los algunos defensores de realizar investigaciones paralelas a las del Ministerio Público, se ha contratado a funcionarios ajenos a la institución para que lleven a cabo las mismas. Obviamente esta decisión conlleva el riesgo de contratar a personas no idóneas en lo relativo a la investigación y, principalmente, en lo relativo al conocimiento necesario respecto del nuevo sistema, de los principios que lo fundan y de las garantías que asisten a los intervinientes. En tal contexto se han producido situaciones como la de una víctima visitada por una persona que manifestando ser perito de la fiscalía, le realizó una serie de preguntas y tomó fotografías de su local comercial. Se trataba, sin embargo, de un supuesto perito contratado por la Defensoría. Aparte de estimar que, lo recopilado por este sujeto no puede, por su origen, ser incorporado como material probatorio en el auto de apertura del juicio oral, creemos que el hecho es más grave y apto de ser perseguido penalmente. [98]

III. Deber de protección de víctimas y testigos asignado al Ministerio Público y su influencia como límite a la actividad de los defensores.

Como ya anticipábamos y, sin querer agotar el repertorio de derechos que el nuevo Código contempla a favor de las víctimas, estimamos que pueden ser agrupados en las siguientes categorías: derecho a ejercer acciones y pretensiones penales; derecho a ejercer funciones de contrapeso y control sobre el aparato de justicia, y derecho a la reparación del daño causado por el hecho ilícito.

Junto a ellos, el Código Procesal Penal contempla tres derechos de carácter esencial, sin los cuales la víctima no se hallaría en condiciones de ejercer los restantes. Se trata de los **derechos a ser protegida, a recibir un trato digno y a ser informada.** Ellos constituyen las condiciones indispensables para que el ofendido tenga

---

familia - en los términos que señalan los artículos 78 b) y 109 a) del Código Procesal Penal – ya que se trataba de un hecho aislado, ajeno de toda clase de insistencia o reiteración. Sin perjuicio de ello, sugirió a la defensa que, en lo sucesivo, evitara que el personal de su institución visitara los domicilios de las víctimas, aún más si se trataba de encargos de el o los imputados. No accedió a la petición de la fiscalía relativo al envío de una comunicación, con 24 hrs. de anticipación cada vez que personal de la Defensoría quisiera entrevistar a una víctima pero les solicitó a estos últimos actuar de la manera más diligente posible a fin de evitar confusiones que perjudiquen a los interesados.

Es importante reflexionar en torno a si, respecto de una víctima de un delito de robo por sorpresa, visitada en su domicilio por dos personas adultas en **representación de su agresor**, que le entregan una carta del mismo y procuran su convencimiento en torno a desistirse de la denuncia, es efectivamente imprescindible la "reiteración de hechos" para estimar que existe hostigamiento, más aún considerando que la víctima ya había sido entrevistada por la defensa. Creemos que, como en la mayoría de las situaciones, ésta debe ser apreciada en concreto y no es exigible de forma estandarizada una reiteración de conductas para estimar que concurre hostigamiento en los términos que señalan las normas legales precitadas. Por lo demás y como bien expresó el fiscal a cargo del caso en la audiencia respetiva, el DRAE define el hostigamiento como la acción de incitar con insistencia a alguien para que haga algo, por lo que no debemos restringirlo necesariamente a la reiteración cronológica de acciones sino que podemos entender que la insistencia puede darse en una sola actuación y condicionada por la intensidad de la misma, en estrecha relación con el contexto situacional de la persona hostigada.

[98] Se trata del caso RUC 0300123530-2 de la Fiscalía Local de Punta Arenas en el cual, estimamos, puede configurarse el ilícito de usurpación de funciones contemplado en el artículo 213 inciso 1º del Código Penal. En efecto, si bien algunos autores nacionales estiman que "fingir" ser un funcionario público supone algo más que el mero hecho de atribuirse tal calidad, creemos que la simple mentira puede bastar para cometer el delito si, en el contexto en que se hace la afirmación falsa, ella puede inducir al sujeto pasivo a darle crédito. Avala esta interpretación el significado que, según el DRAE, tiene el verbo en cuestión: **"1. Dar a entender lo que no es cierto. 2. Dar existencia ideal a lo que no la tiene. 3. Simular, aparentar."** Por su parte, "aparentar" significa: "**Manifestar o dar a entender lo que no es o no hay**". De modo que de la palabra "fingir" no se desprende que deba haber una "*misse en scène*", sino que basta la manifestación mendaz rodeada de circunstancias que la hagan verosímil. Eso es lo que ocurre en este caso, en que la visita del supuesto perito al negocio de la víctima se reviste de circunstancias que hacen creíble que pueda efectivamente ser un perito enviado por la fiscalía, ya que hizo referencia al delito que había sufrido anteriormente la víctima, el cual se estaba investigando. Por otra parte, la actuación del defensor a cargo del caso podría quedar configurado en la actividad de autor instigador.

un acceso real a la justicia penal. Se trata de garantías, de derechos instrumentales que sirven de base para el ejercicio de otros derechos, en este caso, al interior del proceso penal.

Cada una de estas garantías tiene reconocimiento positivo y el Ministerio Público debe ejercer un rol determinado a su respecto.

Así, con relación al derecho al trato digno, éste encuentra su consagración positiva en los artículos 6° inc. 3° y 78 inc. 1° del Código Procesal Penal. El artículo 78 obliga a los fiscales, durante todo el procedimiento, a evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar las víctimas con ocasión de los trámites en que debieren intervenir. Por su parte, el artículo 6°, inciso 3°, del mismo cuerpo de leyes señala que la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgar a la víctima un trato acorde con su condición de tal, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que haya de participar.

El derecho a recibir un trato digno que asiste a las víctimas en el nuevo proceso penal impone el deber de considerarlas como un *fin en sí mismas*. Como sabemos, las normas del Código de Procedimiento Penal relativas al ofendido por el delito, que le estimaban poco más que un objeto (de prueba), son reemplazadas por otras que lo conciben como un sujeto de derecho, capaz de participar en la resolución de su conflicto.

A diferencia de la antigua ley de enjuiciamiento criminal, el nuevo Código se hace cargo de manera integral de las consecuencias perjudiciales que puede acarrear para la víctima su intervención en el proceso (victimización secundaria), y asigna a los fiscales la tarea de impedir o mitigar esas secuelas.

En cumplimiento de dicho deber, los fiscales deben preocuparse de que la actividad indagatoria que los defensores realicen con respecto a las víctimas se someta a los estándares de respeto a su condición de persona y de respeto a sus derechos. Asimismo, sería conveniente, en aras del buen funcionamiento del sistema, que el Ministerio Público manifestara a la Defensa que para cumplir este deber que le asiste con respecto a las víctimas, es necesario que sea informado de todas las actividades que se pretendan realizar a su respecto.

En cuanto al derecho a la información, éste se ve confirmado principalmente por lo dispuesto en el artículo art.78 inc. 2° a) del Código Procesal Penal. Se trata de una garantía fundamental para los efectos de obtener una efectiva participación de la víctima en el proceso penal, en orden a materializar los derechos sustantivos que le asisten. El rol de los fiscales en este sentido se puede observar en gran cantidad de actividades a lo largo del procedimiento, como las salidas anticipadas.

En el caso de las actividades indagatorias de los defensores, se estima que este derecho cobra un rol primordial y, consecuente con ello, la actividad del Ministerio Público se torna esencial. Por lo anterior, se estima necesario reiterar algunas de las sugerencias previstas en el memorándum de fecha 9 de noviembre de 2001, de la Gerente de la División de Atención a las Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional al Fiscal Nacional del Ministerio Público, recomendando a los fiscales del Ministerio Público ciertas actuaciones que deben seguirse frente a indagaciones de los defensores:

1. Instruir a los funcionarios de Carabineros e Investigaciones que trabajan habitualmente con la Fiscalía Local correspondiente para que:

    - expliquen a las víctimas y los testigos el papel que cumple la Policía, el rol del Fiscal y del defensor, en el proceso penal,
    - informen a las víctimas y los testigos sobre sus derechos y el deber que tienen de comparecer y declarar ante el Fiscal, e
    - informen a las víctimas y los testigos que no tienen el deber de concurrir ni de hablar ante el defensor.

2. En el primer contacto con la víctima o el testigo, o en el momento en que preste declaración ante el Fiscal,

    - aclararle el papel que el Fiscal cumple en el proceso penal y el rol que le corresponde al defensor,
    - decirle que sólo está obligado a comparecer y declarar ante él y que no tiene obligación alguna de concurrir ni de hablar con el defensor,
    - aconsejarle que, si es llamado por el defensor o éste concurre a su domicilio o lugar de trabajo o es invitado a ir a la defensoría u otro lugar, le avise previamente al Fiscal,
    - advertirle que, si accede voluntariamente a concurrir y hablar ante el defensor, le podrían eventualmente grabar sus dichos, lo que es ilegal sin una autorización expresa,
    - solicitarle que le avise de cualquier conducta indebida de parte del defensor o el imputado, para adoptar las medidas pertinentes, y

Respecto al derecho de la víctima a ser protegida, su carácter es trascendental. La propia Constitución (art. 80 A) señala que corresponde al Ministerio Público adoptar medidas de protección a favor de víctimas y testigos, norma que reitera la ley orgánica constitucional 19.640 (art. 1°). Por su parte, el Código Procesal Penal, en su artículo 78 b), obliga a los fiscales a ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados. Finalmente, el artículo 109 a) del mismo cuerpo de leyes faculta a las víctimas para solicitar tales medidas.

Las posibles agresiones en contra de la víctima o de su familia, que no sean contrarrestadas con medidas de protección, harán que aquélla sea reacia a intervenir en el procedimiento, ejercer sus derechos y colaborar con el Ministerio Público en su función de persecución penal.

A la luz de este deber constitucional que pesa sobre el Ministerio Público, se estima debe abordarse la actividad indagatoria de los defensores que pueda afectar a víctimas y testigos de delito.

Vale decir, si bien no se cuestionan las indagaciones que los defensores penales realicen tendientes al esclarecimiento de los hechos - como serían, por ejemplo, las entrevistas con víctimas o testigos de cargo - se estima que este deber constitucional y legal asignado al Ministerio Público lo legitima para intervenir en dichas actividades, con el fin de controlarlas.

Por lo demás, no debe olvidarse que se trata de un deber que pesa no sólo sobre el Ministerio Público sino también sobre el órgano jurisdiccional. Así, el artículo 6º del Código Procesal Penal dispone que el tribunal garantizará conforme a la ley, la vigencia de los derechos de la víctima durante el procedimiento. Entre estos derechos está, de acuerdo al artículo 109 letra a), el de solicitar protección.

Siendo una función propia del juez de garantía la de velar por el respeto de los derechos y garantías de los intervinientes en el procedimiento, creemos que es correcto que cada vez que se produzca una situación cuestionable desde esta perspectiva la situación sea puesta en conocimiento de dicho órgano jurisdiccional para que adopte las medidas del caso.

Finalmente, dentro del ámbito de la protección, es importante hacer presente que lo protegido no es la persona de la víctima sino sus derechos y, considerando, como se dijo al comienzo de este acápite que el derecho al trato digno, a la información y a la protección constituyen las condiciones necesarias para que la víctima pueda ejercer derechos de carácter sustantivo al interior del proceso penal, se estima que la protección que brinde el sistema penal debe permitirle, a lo menos, el ejercicio de su derecho a ejercer

pretensiones penales, el que se vería vulnerado con una actividad de la defensa no de carácter indagatoria sino, directamente, destinada a doblegar o manipular la voluntad de la víctima.

IV. Principio de probidad y buena fe que debe regir la actuación de los intervinientes en el proceso.

Como se ha señalado el Instructivo General Nº 72 sobre vías que pueden seguirse frente a eventuales conductas irregulares de los defensores, "...es importante tener presente que el principio de probidad o buena fe es uno de los principios comunes a todo procedimiento y que, por lo tanto, también informa el nuevo procedimiento penal. Este principio obliga a las partes a actuar respetando la honorabilidad y lealtad que supone la labor forense[99], de modo que, en el nuevo procedimiento penal, los intervinientes señalados en el artículo 12 del Código Procesal Penal tienen el deber de comportarse dentro de dicho marco ético[100].

De los intervinientes indicados en el artículo 12 del nuevo código, dos de ellos son, además, empleados del sector público: el fiscal y el defensor. El fiscal se encuentra sujeto, en el ejercicio de sus funciones, al **principio de probidad administrativa**, conforme al artículo 8º inciso 1º de la Ley N.º 19.640. El defensor penal público, por su parte, se rige, en el ejercicio de sus funciones, por el mismo principio, consagrado a su respecto en los artículos 11 bis inciso 1º y 54 de la Ley N.º 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Asimismo, el defensor penal público está sujeto "a responsabilidad administrativa de acuerdo con las normas contenidas en la Ley N.º 18.834, sobre Estatuto Administrativo", según dispone el artículo 68 de la Ley N.º 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública. En este sentido, es menester tener presente que el artículo 55 letra g) del Estatuto Administrativo obliga a los funcionarios a "observar estrictamente el principio de la probidad administrativa regulado por la ley Nº 18.575 y demás disposiciones especiales" y, por su parte, el artículo 114 inciso 2º del mismo estatuto establece que "los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo".

De lo expuesto se sigue que los intervinientes señalados en el artículo 12 del Código Procesal Penal, incluidos el fiscal y el defensor, se encuentran obligados a respetar el **principio de probidad o buena fe** que informa el nuevo procedimiento penal, esto es, actuar sujetos a los valores de honorabilidad y la lealtad. Pero además, el fiscal y el defensor, en el ejercicio de la función pública, deben sujetarse al **principio de probidad administrativa**, el cual tiene una definición en el artículo 54 inciso 2º de la Ley N.º 18.575: "El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular".

Ahora bien, como también se advierte en dicho instructivo, "...el nuevo Código no asocia determinadas consecuencias procesales a un eventual comportamiento del defensor reñido con el principio de probidad o buena fe. Sin embargo, ello no es óbice a que se tengan presente los antecedentes que den cuenta de un eventual comportamiento reñido con dicho principio tanto en la etapa de investigación como en la de juicio, en la medida que se influya sobre la veracidad del relato de la víctima o los testigos. Para estos efectos, los fiscales pueden seguir las siguientes vías durante el proceso penal:

1. Durante la etapa de investigación y luego de interrogar a los testigos y/o a la víctima que ha sufrido actos de amedrentamiento o de presión de parte de algún defensor para cambiar sus declaraciones en un sentido determinado, solicitar al juez de garantía que cite a una **audiencia**, en virtud del artículo 14 letra a) del Código Orgánico de Tribunales que le asigna la función de "**asegurar los**

[99] MATURANA MIQUEL, Cristián. *Disposiciones comunes a todo procedimiento*. Pág. 78.
[100] Como ha sostenido Couture, "Las leyes del debate judicial no son sólo las de la habilidad, sino también las de la lealtad, la probidad, el respeto a la justicia" (citado por MATURANA, *Aspectos generales de la prueba*, Pág. 30).

derechos del imputado y **demás intervinientes en el proceso penal**, de acuerdo a la ley procesal penal", y de los artículos 6º inciso 1º, primera parte, que consagra el rol garantizador de los derechos de la víctima, y 308 inciso 1º, que establece un rol protector de los testigos, ambos del Código Procesal Penal. En esta audiencia, los fiscales pondrán de manifiesto la conducta irregular del defensor, para lo cual deberán contar con antecedentes suficientes, sin perjuicio de adoptar las medidas de protección que fueren necesarias, conforme al artículo 1º de la Ley Nº 19.640, el artículo 308 inciso 2º del Código Procesal Penal y el Instructivo Nº 32 sobre protección de testigos.

A dicha audiencia deberían comparecer los testigos y/o la víctima citados por el tribunal, a petición del fiscal, y naturalmente el imputado y su defensor, con el objeto de que el juez se forme la convicción escuchando a todos los intervinientes.

Lo anterior es sin perjuicio del derecho del fiscal de fundar una petición de prisión preventiva ante el juez de garantía cuando existiere sospecha grave y fundada, respecto de cualquier maniobra del imputado o su defensor para obstaculizar la investigación mediante maniobras tendientes a inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente (Art. 140 inc. 2º del Código Procesal Penal).

2. Si el hecho irregular ha ocurrido durante la etapa previa al juicio oral, se deberá reclamar al juez de garantía que va a conocer de la audiencia de preparación del juicio oral, en los términos mencionados en el Nº 1.

3. Si la conducta del defensor se ha verificado en los días anteriores al juicio oral y después del auto de apertura del juicio oral, al inicio del juicio, en el alegato de apertura (artículo 325 inciso 3º del nuevo código), los fiscales harán presente la conducta irregular del defensor, en virtud de las normas generales sobre incidentes que obligan a poner en conocimiento del tribunal, con la mayor prontitud, los hechos que puedan originarlos (artículos 161 del Código Procesal Penal y 83 del Código de Procedimiento Civil).

4. Durante el juicio, los fiscales podrán, después de la **declaración** de la víctima o testigo afectado, dar lectura a declaraciones anteriores para superar contradicciones, al tenor del artículo 332 del Código Procesal Penal. En ese evento, podrán formular preguntas tendientes a mostrar la manera en que la conducta irregular del defensor ha provocado esta contradicción, trabando, si fuere necesario, el respectivo incidente (artículo 290). Para sostener esta afirmación, podrán presentar como prueba el registro de la audiencia a que se refiere el número 1 precedente (artículo 336 inciso 2º).

5. Al finalizar el juicio, los fiscales podrán también hacer presente dicha conducta en el **alegato final** (artículo 338 del Código Procesal Penal), para explicar la contradicción que se hubiere producido en la rendición de esa prueba testimonial y así obtener una valoración más ajustada del tribunal (artículo 297)."

V. Conclusiones

1. El nuevo sistema procesal penal trajo aparejada una nueva estructuración de la fase de investigación. En ella, la dirección exclusiva de la investigación corresponde, por definición constitucional, al Ministerio Público, mientras que el control de legalidad de los actos de la misma quedó confiada al órgano jurisdiccional.

2. La investigación que dirige el Ministerio Público es la investigación oficial, dotada de imperio y que, eventualmente, fundaría un juicio ante un juzgado de garantía o un tribunal de juicio oral en lo penal.

3. Una característica fundamental de la investigación en el nuevo proceso penal es el principio de objetividad que rige la labor del organismo director de la misma. En razón de lo anterior, lo más razonable y conveniente para el sistema es que todas las actuaciones dentro de la investigación pasen por el Ministerio Público a fin de que este organismo adquiera la convicción en torno a la responsabilidad o inocencia del imputado y, de acuerdo a dicha convicción, dirija su actuación regido siempre por este fundamental principio.

4. Sin embargo, si la defensa del imputado decide mantener ciertas argumentaciones y hechos fuera del conocimiento del Ministerio Público, pese a que ello signifique no respetar el objetivo de eficaz administración de los recursos que inspira la Reforma, se admite que puede hacerlo. No obstante, resulta imprescindible fijar los límites de la actividad de los defensores tendientes a recopilar el material necesario para justificar sus argumentaciones.

5. **Se estima que la actividad indagatoria de los defensores no está sujeta a un control menos riguroso que la del Ministerio Público por el hecho de no revestir carácter oficial, sino que, por el contrario, debe ajustarse a límites determinados. Éstos van a estar constituidos, en conformidad a los principios que informan el sistema, por el respeto a los derechos de los demás intervinientes dentro del proceso, principalmente, por los derechos de la víctima y, naturalmente, con fines de averiguación, es decir, destinada sólo a recopilar material probatorio de descargo a favor de su representado**.

6. **Por otra parte, los defensores penales, por ser intervinientes dentro del proceso, tienen que sujetarse al principio de probidad y buena fe que rige los procesos jurisdiccionales. Además, los defensores penales públicos son funcionarios públicos y están sujetos al principio de probidad administrativa. En este contexto, resulta fundamental que adecuen su actuación a la lealtad y honestidad que implican estos principios.**

7. **Los deberes que el Ministerio Público debe cumplir con relación a las víctimas y testigos de delito y, especialmente, el deber de protección que se le asigna al mismo, se traducen en una actuación del organismo acusador en orden a resguardar a los mismos no sólo frente a hostigamientos, amenazas o atentados que provengan del imputado sino también, de toda conducta de la defensa que pueda implicar una vulneración de alguno de los derechos que la nueva legislación le consagra.**